Die Untervollmacht

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von
Franz Robert Langer
Referendar am Amtsgericht in Beuthen O/S.

1928

Spezial-Druckerei für Dissertationen: Dr. Hermann Eschenhagen, Kommandit-Ges., Ohlau i. Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung der rechts-
und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Prof. Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Kommentare, Systeme, Lehrbücher und Abhandlungen

v. Amira: Nordgerm. Obligationenrecht, I. Bd. (1882); II. Bd. (1895).

Aron: i. Juristischer Woch.Schr. 1912 S. 729 ff.

Biermann: das Bürg. Recht (1908) I. Bd.

Buchka: Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen (1852).

Bülow: i. Arch. f. Zivil. Praxis, Bd. 62 S. 12 f.

Cosack: Lehrb. des Bürg. Rechts, I. Bd. (1922).

Crome: System des deutsch. Bürgerl. Rechts, I. Bd. (1900) II. Bd. (1902).

Dernburg: Das Bürgerl. Recht des Deutsch. Reiches und Preußens Bd. I. (1906), Bd. II. (1915).

Eckert: i. d. Zeitschr. f. Rechtspflege i. Bayern (1908) S. 180.

Endemann: Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, I. Teil (1903).

Ennecerus: Lehrb. d. bürg. Rechts, I. Bd. (1923), II. Bd. (1923).

Fitting: Der Reichszivilprozeß (1898).

Förster-Eccius: Preuß. Priv. Recht II. (1896).

Förster-Kann: Komm. zur Ziv.Proz.Ordnung (1913).

Friedländer: Komm. zur Rechtsanwaltsordnung (1920).

Friedländer: in der Jur. Wochenschrift 1914, S. 1074 f.

Gaius: Institutionen IV.

v. Gierke: im system. Handb. d. deutsch. Rechtswiss. II. Abt., 3. Teil, 3. Bd. (1917);

— Das deutsche Genossenschaftsrecht, III Bde. (1868—1881).

— Das Wesen der menschlichen Verbände (1902).

Glück: Pandekten (1843), Bd. XV.

Götz: Die Substitution im bürgerlichen Recht und im Prozeß (Erlanger Diss. v. 1923).

Goldmann-Lilienthal: Das Bürg.Ges.Buch, system. zus.gest. I. Bd. (1903).

Haas: Die Untervollmacht im Ziv.Recht und Proz.Recht (Erlanger Diss. 1925).

Hahn: die gesamten Materialien zur Z.P.O. (1880).

Hellwig: System d. deutsch. Ziv.Proz.Rechts, I. Bd. (1912), II. Bd. (1907).
— Lehrb. d. deutsch. Ziv.Proz.Rechts, II. Bd. (1907).
Henle: im Recht (1914), S. 245 ff.
Hölder: natürl. u. jur. Personen (1905) im Recht (1908), S. 469 ff.
Hupka: Die Vollmacht (1900).
— in seinen Jahrbüchern Bd. 445, 209 ff. (Götz).
Isay: Die Geschäftsführung nach dem B.G.B. f. d. Deutsche Reich (1900).
Kiese: i. d. Jur.Wochenschr. 1912, S. 1094 ff.
Killy: Substitution beim Auftrag (Heidelberger Diss. 1914).
Kleinfeller: Lehrb. d. deutsch. Ziv.Proz.Rechts, 1905.
Koch: Das Allgem. Landrecht, Komm. i. Anmerk. (1886) Bd. II.
Krainz-Ehrenzweig: Syst. d. österr. Allg. Priv.Rechts, I. Bd. (1923).
Krückmann: im Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 103, S. 128.
Laband: Die Stellvertretung nach dem deutsch. Handelsrecht, in Goldschmidt's Zeitschrift, 10. Bd.
Lehnerdt: Substitution und Generalsubstitution im Prozeß. (Bresl. Diss. 1918).
Leonhardt: Bürgerl. Recht (1923).
Levy: i. Jur. Wochenschrift, 1925, S. 240 f.
Matthias: Komm. zum B.G.B. (1910).
Mayr: Lehrb. d. Bürgerlichen Rechts (1922).
Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung (1885).
Meyerowitz: i. Jur. Wochenschrift 1912, S. 730.
Mommsen: Beitr. zum Oblig.Recht, I. u. III. Bd.
Motive zum B.G.B. I. u. II. Bd.
Neumann: Komm. z. B.G.B. (1912); Handausgabe d. B.G.B. I. Bd. (1909).
Oertmann: d. B.B.G., I. Bd. (1908), II. Bd. (1920).
Petersen-Anger: Die Z.P.O. für d. Deutsch. Reich, I. Bd. (1904).
Planck: Komm. zum B.G.B., Bd. I (1913), Bd. II (1925).
Predari: G.B.O. (1907); in Gruchot's Beitr. Bd. 63, S. 675 ff.
Puchelt: z. Z.P.O. I. Bd. (1887).
Puchta-Rudorff: Pandekten (1866).
Protokolle z. dem Entwurfe d. B.G.B., II. Bd.
Rehbein: Das B.G.B. (1899).
Reichsgerichtsräte-Komm. d. B.G.B., I. Bd. (1928), II. Bd. (1928).
Rockstroh: Die Prozeßvollmacht und ihr Verhältnis zur Vollmacht d. Bürgerl. Rechts. (Heidelb. Diss. 1910).
Rosenberg: Die Stellvertretung im Prozeß (1908).

Rümelin: Das Selbstkontrahieren d. Stellvertreters (1888).
v. Schey: D. Obligationsverhältnisse d. österr. Allg. Priv.Rechts, I.
Schloßmann: Die Lehre v. d. Stellvertretung, II. Bd. (1902).
Schütz: De Procuratore Substitutio, Wolfgang Adami Lauterbachii Dissertationum Academicarum Volumen, III. S. 511—539 (1654), Verlag u. Druck bei Joh. Georgi & Crist. Gothofr. Cottae (1728).
v. Seuffert: Komm. z. Z.P.O. I. Bd. (1910).
Skonietzki-Gelpke: Komm. z. Z.P.O. I. Bd. (1911).
Staudinger: Komm. z. B.G.B. I. Bd. (1928), II. Bd. (1928).
Stein-Jonas: Komm. z. Z.P.O. f. d. Deutsch. Reich (1925).
Struckmann-Koch: Die Z.P.O. f. d. Deutsch. Reich (1900).
v. Tuhr: in Bindings system. Handb. d. dtsch. Rechtswissens d. allg. Teil d. B.G.B., I. Bd. (1910), I. Bd. (1914), II. Bd., 2. Hälfte (1918).
Wach: in Bindings system. Handb. d. deutsch. Rechtswissenschaft, Handb. d. dtsch. Ziv.Proz.Rechts, I. Bd. (1885).
Warneyer: Komm. z. B.G.B. I. Bd. (1923).
— D. Rechtspr. d. Reichsger. auf dem Gebiete des Ziv.Rechts, 11. Erg.Bd.
Wenger: Die Stellvertretung i. Rechte d. Papyri (1906).
Werner: in der Jur. Wochenschrift (1918) S. 724.
Weyl: Vorträge über das B.G.B. I. Bd.
Wilamowsky-Levy: Z.P.O. und G.V.G. I. Bd. (1892).
Windscheid: Lehrb. d. Pandektenrechts, II. Bd. (1906).
Zitelmann: im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 99, S. 68.

Entscheidungssammlungen:

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begr. v. Gruchot. (Gruch.Beitr.)
Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. (K.G.L.)
Breslauer Zeitung (Bresl. Zeit.)
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand (Recht)
Deutsche Juristenzeitung (D.J.Z.)
Elsaß-Lothringische Notariatszeitung (Els.Lothr.Not.Z.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (R.G.Z.)
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (R.O.H.G.E.)
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts (K.G.J.)
Jahrbuch der Württembergischen Rechtspflege (Württ.Jahrb.)

Iherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Iher.Jahrb.)

Juristische Wochenschrift (J.W.)

Puchelt's Zeitschrift für Zivilprozeß.

Sächs. Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß

Sammlung der Entscheidungen des Kammergerichtshofes, herausgegeb. von Glaser-Unger.

Seufferts Archiv (Seuff.Arch.)

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, Erg.-Bde., Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Zeitschrift der Anwaltskammer im Oberlandesgerichtsbezirk Naumburg.

Einleitung.

Das Institut der Untervollmacht gewinnt mit der wirtschaftlichen Entwicklung, die gerade in der Neuzeit unaufhaltsam fortschreitet, ständig mehr an Bedeutung. Bereits in den Anfangsstadien der wirtschaftlichen Entwicklung war es dem Einzelnen nicht immer möglich, seine Geschäfte selbst vorzunehmen. Diesem Erfordernis entsprach auch seit alters her das Recht, indem es, wenn auch anfangs nur zögernd, für gewisse Fälle das Handeln dritter Personen in rechtlicher Beziehung dem eigenen Handeln gleichstellte. Bei der Vielgestaltigkeit des heutigen Geschäfts- und Verkehrslebens, die an den Einzelnen erheblich größere Anforderungen stellt, es ihm sogar oft unmöglich macht, den übernommenen Verpflichtungen persönlich nachzukommen, genügt die Stellvertretung allein nicht mehr. Auch der Stellvertreter kommt oft genug in dieselbe Bedrängnis. Das geltende Zivilrecht hat, wie wir noch später darlegen werden, die Frage, wann der Vertreter einem Dritten Vollmacht erteilen könne, für den Geschäftsherrn rechtsverbindlich zu handeln, nicht direkt geregelt. Doch nimmt es, soweit persönliche Beziehungen mitsprechen, einen einschränkenden Standpunkt ein, indem es im Zweifel persönliche Ausführung verlangt. Durch diese Bestimmungen wird die wirtschaftliche Fortentwicklung nicht unbillig gehemmt, da dieser Zweifel im Wege der Rechtsauslegung beseitigt werden kann. Je reger das Geschäftsleben sich gestaltet, desto mehr treten die persönlichen Beziehungen in den Hintergrund.

Solange der Gesetzgeber das Institut der Untervollmacht, wie dies bereits in ausländischen Gesetzen geschehen ist,[1] nicht einheitlich geregelt hat, ist es Aufgabe der Wissenschaft, festzustellen, welche Rechtsnormen auf das Institut anwendbar sind, wann überhaupt eine Untervollmacht erteilt werden kann, welche Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Personen bestehen und welche Folgen ein Handeln des Unterbevollmächtigten zeitigt.

---

1) Oesterreich. Allgem. Bürgerl. Gesetzbuch von 1810 § 1010, Code civil von 1804, Art. 1994.

Eine Klärung all dieser Fragen, über die in der Wissenschaft und Praxis die größten Meinungsverschiedenheiten bestehen, herbeizuführen, soll in dieser Arbeit versucht werden.

I. Abschnitt.

Allgemeines.

§ 1.

Untervollmacht und Substitution.

Die Untervollmacht ist eine Art der Vollmacht. Sie ist mithin eine Vertretungsmacht, die auf rechtsgeschäftlicher Anordnung beruht. Das sie von der Vollmacht unterscheidende Begriffsmerkmal liegt darin, daß sie nicht vom Vertretenen, sondern vom Bevollmächtigten erteilt wird und zwar in der Weise, daß der Unterbevollmächtigte nicht an Stelle des Bevollmächtigten oder neben ihn tritt. Der Unterbevollmächtigte leitet seine Vollmacht für den Vertretenen, rechtsverbindlich Willenserklärungen abzugeben und entgegenzunehmen ausschließlich vom Bevollmächtigten her, ohne daß dieser aufhört, Bevollmächtigter des Vertretenen zu sein. Wesentlich für die Untervollmacht ist also ferner, daß die Hauptvollmacht noch weiter besteht und daß die Untervollmacht von ihr abhängig ist. Sie steht zur Hauptvollmacht in einem Subordinationsverhältnis. In diesem Sinne, der einzig der Bedeutung des Wortes gerecht wird, wird der Ausdruck Untervollmacht nur gebraucht.

Ist die von dem Bevollmächtigten einem Dritten erteilte Vollmacht koordiniert, oder steht die selbständig da, was ohne Zweifel auch möglich ist, so haben wir es nicht mit einer Unter-, sondern mit einer Ersatz- oder Nachvollmacht zu tun.

In den deutschen Gesetzen wird der Ausdruck nicht verwendet. Die Zivilprozeßordnung, die sich näher mit der Untervollmacht befaßt, gebraucht den Ausdruck „Vertreter",[1] der infolge seiner Unbestimmtheit nicht geeignet ist, eine Klärung des Begriffes herbeizuführen.

Dagegen gewinnt der Ausdruck in dem von uns dargelegten Sinne in Theorie und Praxis[2] stets mehr an Bedeutung. In der Literatur des Zivilprozeßrechts herrscht er vor,[3] während in der

1) § 81 ZPO.
2) Vergl. RGZ. Bd. 108 S. 407 ff.
3) Hupka S. 344. Götz aaO. S. 10.

des Privatrechts[4] der Begriff vorwiegend noch mit Substitutionsvollmacht in Anlehnung an das mandatum substitutionis des gemeinen Rechts bezeichnet wird. Die Ausdrücke Zwischen- und Nachvollmacht, die bisweilen insbesondere bei Rosenberg auftreten, treffen nicht das Wesen der Untervollmacht und sind als Bezeichnung dessen, was hier unter Untervollmacht verstanden wird, nicht geeignet.

Zuweilen wird die Untervollmacht schlechthin mit Substitution bezeichnet.[5] Auch diese Bezeichnung ist unrichtig und kann nicht gebilligt werden. Sie ist eine Folgeerscheinung der gemeinrechtlichen Stellvertretungslehre, die eine Trennung von Auftrag und Vollmacht nicht kannte, bezw. beide Rechtsformen vermischte. Es geht nicht eindeutig hervor, was unter diesem Ausdrucke verstanden werden soll. Er wird sowohl für die Untervollmacht, als auch für die Untergeschäftsführung gebraucht, sowie auch für beide Rechtsformen.

Soll eine eingehende Trennung der Begriffe erfolgen und ihre Vermengung, die doch gerade auf dem Gebiete der Untervollmacht fast allgemein vorherrscht, vermieden werden, so müssen vorerst die Bezeichnungen festgelegt und sorgsam voneinander unterschieden werden. Insbesondere sind alle Ausdrücke, die auf Grund der gesetzlich sanktionierten Trennung von Vollmacht und Kausalgeschäft nicht mehr den heutigen Anschauungen entsprechen und die das Wesen der Rechtsform nicht treffen, fern zu halten.

Unter Substitution verstand man einen Geschäftsbesorgungsvertrag, durch den einem Dritten die Vornahme eines fremden Geschäfts übertragen wurde, dessen Ausführung auf Grund eines Auftrags dem Geschäftsführer oblag. Der Substitut hatte die Aufgabe, die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers, der seinerseits dem Geschäftsherrn gegenüber verpflichtet und berechtigt war, wahrzunehmen. Er war Vertreter in der Schulderfüllung. Die Substitution bestand notwendig aus einer Einräumung der Vertretungsmacht, soweit sie zur Ausführung des Auftrags erforderlich war, und der vertraglichen Verpflichtung, die Geschäftsbesorgung vorzunehmen, dem Unterauftrag. Das bedeutete eine Verschmelzung von Auftrag, der als das einzige Geschäftsführungsverhältnis galt, und Bevollmächtigung. Die Bevollmächtigung wurde als ein Bestandteil des Auftrages betrachtet. Erst in neuerer Zeit ist die Unterscheidung der beiden Rechtsinstitute, um die sich besonders Laband[6]

4) Rosenberg S. 843. Planck Bd. 2 Anm. 1 a zu § 664.
5) Vergl. die meisten Zivilrechts-Komm.
6) ZHR. Bd. 10 S. 203 ff.

verdient gemacht hat, streng durchgeführt worden und hat auch im BGB. ihren Niederschlag gefunden. Zutreffend führen die Motive zum BGB. aus,[7] daß auch für den Fall, in dem ein auf Geschäftsbesorgung gerichteter Auftrag, im Namen des Auftraggebers ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, zugleich eine Vollmachtserteilung enthalte, das Zusammentreffen nicht auf begrifflicher Einheit beruhe, sondern auf dem Verhältnis von Mittel zum Zweck. Durch den Auftrag wird die Pflicht übernommen, das Geschäft für den Geschäftsherrn zu besorgen. Gleichzeitig, jedoch durch besonderes Rechtsgeschäft, erhalte er, um seiner Pflicht nachkommen zu können, die Macht, es im Namen des Geschäftsherrn auszuführen.

Umgekehrt übernimmt der Bevollmächtigte durch die Bevollmächtigung in keiner Weise Verpflichtungen. Sie räumt ihm nur die Machtstellung ein, für einen anderen, d. h. in dessen Namen, rechtsverbindlich Willenserklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, verpflichtet ihn aber nicht, von der Vollmacht Gebrauch zu machen. Macht er jedoch Gebrauch, so handelt er nicht kraft des zugrundeliegenden Vertrages, der beispielsweise ein Auftrag, Dienst-, Werk- oder Gesellschaftsvertrag sein kann, sondern kraft der erteilten Vollmacht. Diesen Grundsatz[8], daß die Bevollmächtigung ein selbständiges Rechtsgeschäft ist, losgelöst von dem Kausalverhältnis, auf Grund dessen sie in der Regel, wenn auch nicht notwendig, erteilt wird, bringt § 167 BGB. scharf zum Ausdruck. Diese Abstraktheit der Vollmacht wird auch allgemein, mit Ausnahme von Schloßmann[9], der diese Unterscheidung für unzulässig hält, anerkannt.

Die im Bürgerlichen Rechte sanktionierte Scheidung von Bevollmächtigung und dem ihr zugrundeliegenden Kausalverhältnis führte mit logischer Notwendigkeit zur Scheidung der Unterbevollmächtigung und des Unterauftrages. Eine Uebernahme des Ausdrucks „Substitution“ für das Institut der Untervollmacht ist in keiner Weise gerechtfertigt. Unter Substitution müßte man sinngemäß alle die Fälle verstehen, in denen sich jemand in der Geschäftsführungspflicht, die er selbst übernommen hat, vertreten läßt. Es ist also ein obligatorischer Vertrag, ein Geschäftsbesorgungsvertrag, der mit einer Untervollmacht verbunden sein kann, die dann aber Bestandteil des Vertrages ist.

Aus alledem ergibt sich, daß der Ausdruck Substitution, der ein Sammelbegriff für verschiedene Rechtsformen ist, nur geeignet

7) Motive zum BGB. Bd. 1 S. 229, ebenso Laband S. 204.
8) Vergl. insbes. ROH. Bd. 2 S. 402 ff.

ist, die Scheidung dieser Rechtsbegriffe, die der modernen Rechtslehre entsprechen, zu verwischen. Die Substitution ist ein gemeinrechtlicher Begriff, der der Geschichte angehört, und den das moderne Recht nicht mehr kennt. Eine Entlehnung der Bezeichnung für eine der Rechtsformen, die sie umfassen kann, ist aber, abgesehen davon, daß sie nur Unklarheit hervorruft, bereits aus historischen Gründen verwerflich.

Desgleichen können wir der Ansicht des Reichsgerichts[10], es gäbe zwei Arten der Untervollmacht, nicht beitreten; ein Bevollmächtigter könne eine Untervollmacht in der Weise erteilen, daß er sich einen Vertreter bestelle, oder daß er kraft der ihm eingeräumten Vertretungsmacht im Namen seines Machtgebers einen Dritten zu dessen Vertretung bestelle. In beiden Fällen handelt es sich u. E. um keine Untervollmacht. Die erste Art werden wir später eingehend zu erörtern haben, die andere ist ein Fall der Ersatzvollmacht; bestellt der Vertreter den Bevollmächtigten im Namen des Vertretenen, so bleibt die neu erteilte Vollmacht der ersteren niemals untergeordnet, da der Dritte in ein direktes Vollmachtsverhältnis zu dem Geschäftsherrn tritt. Auch Oertmann[11] weist darauf hin, daß es sich in diesem Falle nicht um eine Untervollmacht handeln kann. Schlechthin jede vom Bevollmächtigten erteilte Vollmacht mit Untervollmacht zu bezeichnen, gleichgültig, ob er in seinem Namen, oder im Namen des Vertretenen handelt, ist in keiner Weise gerechtfertigt. Weder der Sinn des Wortes noch ausdrückliche Gesetzesbestimmung gibt hierzu Veranlassung.

Den gemeinrechtlichen Ausdruck Substitution ersetzen wir also mit Untervollmacht, soweit er ein Vollmachtsverhältnis in sich schließt, und, soweit er das obligatorische Vertragsverhältnis bezeichnet, mit Untergeschäftsführunag. Den letzten Ausdruck glauben wir deshalb einführen zu müssen, da wir im heutigen Rechte verschiedene Geschäftsführungsverhältnisse haben und nicht mehr auf den Auftrag beschränkt sind, ein Sammelbegriff aber aus praktischen Gründen gerechtfertigt erscheint.

§ 2.

Geschichtliche Entwicklung.

Will man das Institut der Untervollmacht richtig würdigen, so ist ein kurzes Eingehen auf die geschichtliche Entwicklung, auf

9) Schloßmann S. 229.

10) Vergl. RGZ. Bd. 108 S. 408. Ebenso auch Enneccerus Bd. 1 § 172, 2. Staudinger Anm. 8 zu § 164.

11) Oertmann Bd. 1 Anm. 8 zu § 167.

die Lehre von der Vertretung, der die Untervollmacht auch angehört, unerläßlich.

Das alte Römische Recht[1] kannte keine direkte Stellvertretung, mithin auch keine Untervertretung und Untervollmacht. Die Rechtsgeschäfte wirkten durch ihre Form. Wer an dieser Form nicht beteiligt war, konnte weder berechtigt noch verpflichtet werden. Hauskinder und Sklaven, die der Gewalt des Hausherrn unterstanden, erwarben alles, was sie erwarben, kraft des Gewaltrechts für den paterfamilias Der Erwerb erfolgte mit Rechtsnotwendigkeit ohne Rücksicht auf einen Vertretungswillen des Handelnden. Selbst der gesetzliche Vertreter, der Vormund, konnte für sein Mündel nichts erwerben, denn es galt der Satz: per liberam personam nobis adquiri nihil potest. Nur zögernd und in sehr engem Maße erkannte das römische Recht mit dem Eindringen des ius gentium mit seinen formlosen Rechtsgeschäften die unmittelbare Stellvertretung an. Sie war jedoch fast ausschließlich auf das Sachenrecht beschränkt. Bei dem unfeierlichen Besitzerwerb durch Tradition und dem durch den Besitzerwerb vermittelten Rechtserwerb war sie zugelassen. Hier begegnet uns zum ersten Male der procurator, ein Geschäftsführer eines vornehmen Hauses mit allgemeiner Vollmacht, der dauernd vom Hausherrn als Stellvertreter bestellt war. Später konnte bei den erwähnten Geschäften jeder Freie als Bevollmächtigter „quasi procurator" auftreten. Hierdurch waren auch der Untervollmacht im Römischen Rechte die Wege geebnet. Tatsächlich war sie auch den Römern als Unterprocuratur bekannt, wenn auch nicht eine Erscheinung des täglichen Lebens. Dies beweist die Digestenstelle 1. 8. § 3 de vel contra (17, 1).

Dem alten griechischen Rechte war bereits die Untervollmacht, wie Wenger darlegt, ebenfalls bekannt.[3]

Auch das ältere nordgermanische Recht kannte, wie von Amira[4] nachweist, freiwillige Stellvertretung und Vollmacht, allerdings in den frühhistorischen Zeiten nur in beschränktem Maße, d. h. die Rechtsgeschäfte, bei denen sie zugelassen war, waren in der Minder-

---

1) Vergl. zu folgendem: Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach Römischem Recht, S. 9 ff. Mitteis, Röm. Privatrecht Bd. 1 S. 203 ff. Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung nach Römischem Recht S. 9 ff. Mitteis, Röm. Privatrecht, Bd. 1 S. 203 ff. Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung, insbes. bei obligat. Verträgen, Bd. 2, S. 153 ff. Sohm-Wenger, Institutionen des Röm. Privatrechts, S. 243 ff.

2) Vergl. L. 126 § 2 D. 45, 1; L. 1 C. 4. 27.

3) Wenger, Das Recht edr Papyri, S. 152 ff.

4) Vergl. hierzu vor allem die Ausführ. von v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht, Bd. 1 S. 357 ff. Bd. 2 S. 368 ff.; ferner Gierke Deutsches Privatrecht, III. Band S. 718 ff.

zahl. Für einige war sie nur ausnahmsweise, für einige ursprünglich gar nicht zugelassen. Ausgebildet und zuerst zugelassen war sie vor allem im Königsrecht. Dem Könige war es zuerst gestattet, sich durch einen Dritten, den Stallmeister, vertreten zu lassen. Schon während des 12. Jahrhunderts jedoch war die gewillkürte Stellvertretung in sehr weitem Umfange zulässig. Im Westnordischen Rechte galt dagegen noch zu historischen Zeiten ein der Stellververtretung überhaupt abholdes Prinzip. Der freie Mann hatte seine Sache persönlich zu führen.

Die Vollmacht, die durch zweiseitiges Rechtsgeschäft zwischen dem Geber und Empfänger begründet werden konnte, wurde „in die Hand", die eine Umschreibung von Gewalt ist, erteilt. Sie ist eine echte Gewalteinräumung und verschafft dem Vertreter eine der Munt ähnliche Gewalt. Sie geht sogar so weit, daß der Vollmachtgeber den Bevollmächtigten schalten lassen muß.

Eingehender berichten die Quellen über die Prozeßvollmacht. Im Prozeßrecht ist die Untervollmacht bereits ausdrücklich erwähnt. In Island soll der Prozeßbevollmächtigte zwar nicht prinzipiell, doch in bestimmten Notfällen als ermächtigt gelten, seine Vollmacht weiterzugeben, und ferner, zur Vornahme bestimmter einzelner Handlungen einen andern zu bevollmächtigen.[5] In dem zweiten Fall kann nur eine Unterbevollmächtigung erblickt werden.

Dem Deutschen Recht gehört die Trennung der Vollmacht vom Kausalverhältnis an. Selbst der Vollmachtsvertrag, ein selbständiges Rechtsgeschäft, war nicht etwa ein Mandat, sondern hatte lediglich die Erteilung einer Vollmacht zum Gegenstande.[6] Im Römischen Rechte bildete einen Ersatz für die Stellvertretung das mandatum das dem Obligationenrechte angehörte. Im Begriff des Mandats war daher zugleich die Ermächtigung zur rechtsgeschäftlichen Stellvertretung enthalten. Nach der Rezeption hielt die gemeinrechtliche Doktrin hieran fest, obgleich mit der Anerkennung der direkten Stellvertretung die dem Beauftragten verliehene Macht zur rechtsgeschäftlichen Stellvertretung eine selbständige Bedeutung gewann. Ja, man sah sogar in der Vollmacht einen wesentlichen Bestandteil des Auftrags. In der Gesetzessprache verwendete man für diesen Ausdruck „Vollmachtsauftrag"[7] oder „Bevollmächtigungsvertrag"[8]. Später, als man die Verschiedenheit des Auftrags, der

5) v. Amira, II. Bd. S. 374.
6) v. Amira, II. Bd. S. 369.
7) Allgem. LR. I, 13, §§ 5—227.
8) Oesterr. Allgem. BGB. § 1002.
9) Vergl. Hupka S. 10.

dem Obligationenrechte, und der Vollmacht, die dem Personenrechte angehört, erkannte, unterschied man sie als innere und äußere Seite des Vertragsverhältnisses.[9]

Aus diesen historischen Entwicklungen heraus ist der Begriff der Substitution zu verstehen. Die Einführung des Begriffs in die moderne Rechtslehre bedeutet die Rückkehr zur gemeinrechtlichen Anschauung, die Entlehnung des Ausdrucks bedeutet eine Verdunkelung der rechtlichen Begriffe.

§ 3.

Die Untervollmacht im heutigen Recht.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch sind im Gegensatz zu früheren Privatrechtskodifikationen[1] und ausländischem Recht[2] über das Institut der Untervollmacht keine einschlägigen Bestimmungen enthalten. Das Fehlen ist durch Auslegung zu ersetzen, die eine Stütze findet an den allgemeinen Bestimmungen über Vollmacht und Stellvertretung in Verbindung mit den Auslegungsvorschriften der einzelnen Kausalverhältnisse, auf Grund deren die Vollmacht in der Regel erteilt wird.

Im Handelsrecht ist die Erteilung einer Untervollmacht in Form einer Unterprokura gesetzlich ausgeschlossen (§ 52 Abs. 2 HGB.). Dagegen ist die Erteilung einer Unter-Handlungsvollmacht möglich, wenn auch nur mit Zustimmung des Vollmachtgebers (§ 58 HGB.). Soweit die Untervollmacht nicht handelsrechtlichen Charakter trägt, der sich in der gesetzlichen streng umschriebenen, nicht einschränkbaren Machtstellung des Bevollmächtigten auswirkt, kommen die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zur Anwendung.

In den Prozeßgesetzen, die für den Unterbevollmächtigten den farblosen Ausdruck „Vertreter" verwenden, hat die Untervollmacht eine teilweise, allerdings prozeßrechtlich erschöpfende Regelung gefunden. Im § 81 ZPO. wird der Prozeßbevollmächtigte zur Bestellung eines Vertreters ermächtigt. Hierunter ist, wie des näheren noch nachgewiesen werden wird, die Befugnis zur Erteilung von Untervollmachten zu erblicken.

Ferner sind an dieser Stelle die besonderen Bestimmungen der Rechtsanwaltsordnung zu erwähnen: Zunächst die Fälle der §§ 27 Abs. 2 und 25 Abs. 3 RAO. § 27 Abs. 2 behandelt die Bestellung eines Rechtsanwalts als Vertreter durch einen Kollegen

1) Allgem. LR. von 1794 I. Teil 13. Titel, §§ 38—40, 181 f. 193. Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756 IV. Teil, 9. Kap. § 5.

2) Vergl. Anm. 1 der Einleitung. Sie wird in der deutschen Uebersetzung von D. Christian Daniel Erhard des Code civil mit Aftervollmacht wiedergegeben.

(die Erteilung einer Untervollmacht), § 25 Abs. 3 die Bestellung eines Rechtskundigen im Parteiprozesse durch einen Rechtsanwalt zur Vertretung. In beiden Fällen sind die Stellvertreter „Vertreter“ im Sinne des § 81 ZPO.

Des weiteren kommen noch die Fälle des Zustellungsbevollmächtigten im Sinne des § 19 RAO. und der Generalbevollmächtigte, der gemäß §§ 25 Abs. 1 und 2 oder 29 ernannt werden kann, in Betracht.

II. Abschnitt.

§ 4.

In welchem Verhältnis stehen die bürgerlichrechtliche und die prozeßrechtliche Untervollmacht?

Bei der Gegenüberstellung der Untervollmacht im Privat- und Prozeßrecht erhebt sich die Frage, in welchen Beziehungen diese Untervollmachten zueinander stehen. Sind sie ihrer rechtlichen Natur nach gleichartig, oder trifft die ZPO. eine besondere Regelung, die die Untervollmacht des Prozesses in Gegensatz zur bürgerlich-rechtlichen stellt?

Da die rechtsgeschäftliche Natur der Vollmacht heute für das Bürgerliche Recht allgemein anerkannt ist,[1] erübrigt sich hier in dieser Hinsicht ein näheres Eingehen. Bei Beantwortung dieser Frage werden wir also unsere Erörterungen darauf beschränken können, festzustellen, ob die Erteilung der prozeßrechtlichen Vollmacht ein Rechtsgeschäft im Sinne des Bürgerlichen Rechts, oder eine Prozeßhandlung ist, wie dies eine weitverbreitete Ansicht annimmt.[2] Ist sie ein Rechtsgeschäft, so finden in erster Linie die Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts auf sie Anwendung, soweit die ZPO. nicht Sondernormen aufstellt, andernfalls nur die Vorschriften der Zivilprozeßordnung in Anwendung zu bringen sind. Die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften könnten dann nur vergleichsweise herangezogen werden, würden jedoch niemals direkt anwendbar sein.

Unter einer Prozeßhandlung sind alle Handlungen zu verstehen, die unmittelbar das Prozeßverhältnis zu begründen, fortzuentwickeln, oder zu beendigen bestimmt sind.[3] Daß die Erteilung der Prozeßvollmacht auf das Verfahren eine unmittelbare gestaltende Wirkung ausübe, kann nicht behauptet werden. Sie ist im

---

1) Anderer Ansicht: Schloßmann II. Bd. S. 474 ff.

2) Besonders Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts Bd. I S. 199 ff. Stein-Jonas (1925) Anm. II zu § 80. Förster-Kann Anm. 1 zu § 80.

3) Vergl. Rosenberg S. 63: auch Kleinfeller LB. des Deutschen Zivilprozeßrechts S. 162. Vergl. auch § 178 ZPO.

Anwaltsprozesse eine prozessuale Vorfrage insofern, als die Partei sich eines Anwalts bedienen und ihm Vollmacht erteilen muß, keinesfalls jedoch übt sie einen direkten Einfluß auf die Fortentwicklung des Prozesses aus. Sie verleiht nur die Macht, für die Partei vor Gericht den Rechtsstreit zu führen. Erst die auf Grund der Prozeßvollmacht vorgenommenen Handlungen üben einen direkten Einfluß aus.

Auch der Begründung, die Hellwig[4] für seine Behauptung, die Erteilung der Prozeßvollmacht sei eine Prozeßhandlung, gibt, können wir uns nicht anschließen. Nach seiner Ansicht ist die Erteilung der Prozeßvollmacht zwar keine Prozeßführungs-, aber doch eine Prozeßhandlung, da sie als solche prozeßrechtlich geregelte Folgen hat. Sie unterscheide sich von der privatrechtlichen Vollmacht dadurch, daß diese zu Geschäften mit Privaten, jene aber zu Prozeßhandlungen ermächtige. Demgegenüber ist daran festzuhalten, daß nur unmittelbare Folgen das Zeichen der Prozeßhandlung sind. Zu weit würde es führen, wenn man jede Handlung, die auch nur im entferntesten einen Prozeß zu beeinflussen geeignet ist, als Prozeßhandlung ansehen würde. Der Prozeß ist vielleicht zur Zeit der Bevollmächtigung noch gar nicht anhängig. Häufig wird die Prozeßvollmacht für künftige Prozesse erteilt. Die Eigenschaft der Prozeßvollmacht aber daraus abzuleiten, daß die Vollmacht erst perfekt sei, wenn sie an das Gericht und die Partei gelangt sei, heißt auf falschen Voraussetzungen aufbauen. Die Vollmacht ist bereits gültig erteilt, wenn sie dem Bevollmächtigten oder dem Dritten gegenüber erklärt ist. Beachtlich für den Gegner ist sie erst, wenn sie ihm kund getan ist. Dadurch wird jedoch nicht der Perfektionsmoment bezeichnet.[5]

Da, wie nachgewiesen wurde, die Bevollmächtigung keine Prozeßhandlung ist, kann es auch die Unterbevollmächtigung nicht sein. Wenn sie auch im § 81 ZPO. schlechthin als Prozeßhandlung bezeichnet wird, so ist das eine Ungenauigkeit, die darauf zurückzuführen ist, daß der Kreis der Geschäfte, die der Vertreter vornehmen darf, möglichst weit gezogen werden sollte. Wie die einzelnen Aufzählungen, insbesondere die Empfangnahme der Kosten, die ohne Zweifel keine Prozeßhandlung ist, beweisen, ist der Ausdruck Prozeßvollmacht an dieser Stelle nicht in technischem Sinne gebraucht.[6]

4) Hellwig, System Bd. 1, S. 199.
5) So auch Wach: Handb. d. Dtsch. Zivilprozeß-R. in Bindings System. Handb. d. Dtsch. Rechtswissenschaft I. Bd. S. 199 ff. und Rosenberg S. 602 ff.
6) Vergl. zu diesen Ausf. auch W. Haas, S. 4 f.

Im BGB. (§§ 164—181) ist nur die Stellvertretung bei Willenserklärungen geregelt. Darunter sind Erklärungen jeder Art zu verstehen, die eine ihrem Inhalt entsprechende Rechtsfolge hervorzubringen bestimmt sind und zwar auf Grund des Parteiwillens, der in gewissen Grenzen von der Gesetzesmacht anerkannt ist.[7] Dem gegenüber ermächtigt die Prozeßvollmacht zur Vornahme von Prozeßhandlungen, deren Folgen dem Parteiwillen insofern gänzlich entzogen sind, als der Erfolg niemals eintritt, weil er gewollt ist. Er tritt vielmehr nur mittelbar auf Grund richterlicher Akte ein. Ebenso wie für das BGB. gilt für die ZPO. das Prinzip der direkten Stellvertretung (§ 85 ZPO.).

Trotz dieses Gegensatzes der zivilrechtlichen und prozeßrechtlichen Vollmacht dem Gegenstande nach, wird man doch zugeben müssen, daß er nicht ausschlaggebend sein kann. Man wird sich den Darlegungen Rockstrohs[8] der unter Rechtsgeschäften hier auch Rechtshandlungen versteht, nicht verschließen können, wenn auch zugegeben werden muß, daß die Betonung schlechthin, die Rechtshandlung sei auch eine Willenserklärung, der juristischen Konstruktion der Rechtshandlung nicht entspreche. Rechtshandlungen unterscheiden sich von Willenserklärungen dadurch, daß sie nicht auf Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet sind, diese also nicht als gewollt bezeichnen oder wenigstens nicht zu bezeichnen brauchen.[9] Sie treten ein, weil das Gesetz gerade diese Wirkung an sie knüpft, nicht etwa, weil sie gewollt sind. Aber sie ähneln den Willenserklärungen in gewisser Hinsicht. Sie sind, wie Enneccerus unseres Erachtens mit Recht hervorhebt, gleichfalls Aeußerungen eines geistigen Vorgangs, eines Willens oder einer Vorstellung und führen Rechtswirkungen herbei. Gewöhnlich werden sie, wenn auch nicht notwendig, in dem Bewußtsein dieser Rechtsfolgen und oft in der Absicht, sie hervorzurufen, vorgenommen. Auf Grund dieser überwiegenden Aehnlichkeit wird man die Vorschriften für Willenserklärungen, mithin auch die der Stellvertretung und Vollmacht in weitem Maße anwenden können. Es ist jedoch eine Gleichstellung von Rechtshandlung und Prozeßhandlung, wie sie bei Rockstroh erfolgt, nicht zu billigen, da diese in der Regel nicht unmittelbar, sondern auf Grund richterlicher Akte Rechtsfolgen zeitigt.

---

7) Vergl. RGZ. Bd. 58 S .346.

8) Rockstroh, Die Prozeßvollmacht und ihr Verhältnis zur Vollmacht des Bürgerlichen Rechts, Heidelberger Dissert. 1910, S. 14.

9) Vergl. Enneccerus Bd. I § 194. Staudinger Anm. 5 c zu § 164. RGZ. Bd. 53 S. 275, die schlechthin von einer Macht spricht, für jemanden Rechtshandlungen vorzunehmen.

Den Ausführungen von W. Haas,[10] daß dieser gegenständliche Unterschied das Wesen der Vollmacht, bezw. Untervollmacht nicht berühre, können wir nicht beitreten. Wohl muß die Vollmacht losgelöst von ihrer Umgebung von dem ihr zugrundeliegenden Kausalgeschäft und von dem Bevollmächtigten kraft seiner Vollmacht vorgenommen konkreten Rechtsgeschäfte sein. Immerhin muß zugegeben werden, daß die Vollmacht ebenso wie die Stellvertretung im Sinne der Gesetzgebung keine allgemeingültigen Begriffe, sondern formaljuristische Begriffe sind. Wie im Bürgerlichen Recht kraft gesetzlicher Vorschrift eine Stellvertretung nur bei Willenserklärungen erfolgen kann, so kann die Vollmacht des BGB. nur zur Abgabe und Entgegennahme von Willenserklärungen erteilt werden. Im Gegensatz hierzu steht die Prozeßvollmacht, deren Hauptermächtigung darin besteht, Prozeßhandlungen vorzunehmen. Das Wesen der Vollmacht wird u. E. infolge der formaljuristischen Konstruktion auch durch den Gegenstand bestimmt. Diese vom Gesetzgeber auch u. E. unbegründete Einengung des bürgerlich-rechtlichen Vollmachtsbegriff wird sich praktisch jedoch nicht auswirken, da die Wissenschaft im Wege der Analogie die gesetzlichen Bestimmungen über die Stellvertretung und Vollmacht auch auf Rechtshandlungen und geschäftsähnliche Handlungen, unter die auch die Prozeßhandlung zu rechnen ist, ausdehnt.

Mithin wird als festgestellt erachtet, das zwischen der zivilrechtlichen und prozeßrechtlichen Vollmacht ihrer Natur nach ein Unterschied besteht, der jedoch allein in der formalen Konstruktion des Gesetzes seinen Grund hat und praktische Folgen nicht zeitigt. Wir werden daher in den wesentlichsten Punkten eine Uebereinstimmung zwischen den beiden Vollmachten feststellen können. Immerhin werden sich auf Grund der prozeßrechtlichen Sonderbestimmungen manche Abweichungen ergeben. Wir halten es daher für ratsam, die Untervollmacht des Zivil- und Prozeßrechts getrennt zu behandeln. Wir werden die Untersuchungen im Zivilrecht beginnen und ausführlicher behandeln, um späterhin bei der prozeßrechtlichen Ausführung auf diese verweisen zu können.

---

10) W. Haas, aaO. S. 6 f.

III. Abschnitt.

Die Vollmacht ist die Erteilung einer neuen Vollmacht durch den Bevollmächtigten im eigenen Namen.

§ 5.

Die Unterbevollmächtigung erfolgt durch Erteilung einer neuen Vollmacht, ihr entspricht im Kausalverhältnis ein neuer Auftrag.

Es entspricht dem Wesen der Untervollmacht, wie wir es bereits bei der allgemeinen Festlegung des Begriffs hervorgehoben haben, daß die Hauptvollmacht fortbestehen muß.

Es scheiden also die Fälle aus, in denen der Bevollmächtigte seine Vollmacht auf einen Dritten in der Weise überträgt, daß die Vertretungsmacht, die ihm vom Vollmachtgeber erteilt worden ist, in vollem Umfange auf den Dritten übergeht. Ohne Zweifel ist eine solche Translation auch möglich. Doch es kann dann nie von einer Untervollmacht die Rede sein, da der Bevollmächtigte in diesem Zeitpunkt seine Vollmacht verliert und der Dritte an seine Stelle tritt, der nunmehr alleiniger Bevollmächtigter des Vollmachtgebers ist. Diese Vollmacht ist sinngemäß als Nachvollmacht zu bezeichnen.

Gleichwohl spricht auch die neuere Literatur von einer Uebertragung der Vollmacht.[1] Die Untervollmacht komme durch Uebertragung der Vollmacht zustande.

Dies ist wie bereits Hupka[2] ausführt eine ungenaue Redeweise, der ein unklarer Gedanke und zum Teil sogar eine irrige Auffassung über das Wesen der Untervollmacht zugrunde liegt. Soweit die Uebertragung der Vollmacht möglich ist, was in den seltensten Fällen zutreffen wird, und eine Uebertragung stattfindet, kann man diesen Rechtsakt nicht mit Unter-, sondern nur mit Nachbevollmächtigung bezeichnen.

Ein Anhaltspunkt und der Ausgang für diese in der Wissenschaft weit verbreitete irrtümliche Redeweise mag § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB. sein, der von der Uebertragung der Ausführung eines Auftrages spricht. Auszugehen ist davon, wenn man den in der Literatur verwendeten Ausdruck Substitution billigt,[3] daß darunter

1) Vergl. RGRKomm. (1928)Anm. 4 zu § 166. Soergel Anm. 7 zu § 167. Warneyer Komm. Anm. VI zu § 664. Dernburg, Das Bürgerl. Recht Bd. 1 § 164 VI u.a.m.

2) Hupka, aaO. S. 355. Vergl. auch Enneccerus Bd. 1 S. 467.

3) Es sei hier nochmals darauf aufmerksam gemacht, daß wir unter spezieller Ablehnung des Ausdrucks „Substitution“ dafür gem. der im BGB. herrschenden Begriffsscheidung von Unterauftrag sprechen.

die Uebertragung der Ausführung der sich aus einem Geschäftsbesorgungsvertrage ergebenden Geschäftsführungspflichten durch den Verpflichteten auf einen Dritten zu verstehen ist. Dann ist auch in § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB. ein Fall der Substitution zu sehen. Aus dieser gesetzlichen Bestimmung wird denn auch allgemein das Wesen der Substitution gefolgert und da für die Substitutions-(Unter-)vollmacht eine entsprechende Gesetzesvorschrift nicht besteht, sucht man auch für sie aus dem Kausalverhältnisse entsprechende Schlüsse zu ziehen.

Einigkeit herrscht jedoch nicht über die Auslegung der Worte „Uebertragung der Ausführung". Hölder[4] und in ähnlicher Weise v. Schey[5] verstehen hierunter eine Vertragsänderung. Der Beauftragte wird nach ihrer Ansicht durch den Dritten, der den Auftrag als nunmehr für ihn selbst bestehend übernimmt und den er nicht etwa nur für seinen Vorgänger ausführen soll, abgelöst. Es tritt ein durch die Vertragsänderung bedingter Wechsel der Vertragsparteien ein. Der Dritte nimmt dem Auftraggeber gegenüber genau dieselbe Stellung ein, wie sein Vorgänger unter Uebernahme sämtlicher Rechte und Pflichten. Der ursprüngliche Beauftragte scheidet mit der Uebernahme der Ausführung des Auftrags durch den Dritten aus dem Vertragsverhältnisse aus. Die Substitution steht ihrer rechtlichen Natur nach in einer Reihe mit der Cession und der Schuldübernahme.

Diese Ansicht steht immerhin vereinzelt da und ist, da sie eine Vergewaltigung der Gesetzesvorschrift bedeutet, nicht zu billigen. Die Uebertragung der Ausführung des Auftrags der Uebertragung des Auftrags als solcher gleichzusetzen, ist in keiner Weise gerechtfertigt. Mit Recht führt das Reichsgericht[6] aus, daß ein Beauftragter, dessen Vertrag beendet ist, für die Versehen seines Nachfolgers nicht hafte, sei eine Selbstverständlichkeit, die der Hervorhebung im Gesetze nicht bedurft haben würde. Auch auf solche Weise (ohne Uebertragung des Auftrags) kann die Ausführung des Auftrags übertragen werden. Daraus geht eindeutig hervor, daß nach der gesetzlichen Bestimmung des § 664 BGB. unter der Uebertragung der Ausführung des Auftrags nicht die Fälle zu verstehen sind, in denen die Uebertragung derart erfolgt, daß der Beauftragte ausscheidet. Vielmehr bleibt er Beauftragter des Auftraggebers. Er überträgt ihm lediglich die Aus-

---

4) Hölder, Im „Recht" 1908 S. 469 f. „Die Ablösung einer Vertragspartei durch einen Dritten."

5) v. Schey, „Die Obligationsverhältnisse des Oesterr. Allgem. Privatrechts", Bd. 1 S. 614 f.

6) RGZ. Bd 78 S. 312.

führung, d. h. er bedient sich zur Verwirklichung seiner eigenen Verpflichtung eines Dritten, der für ihn seine Schuld erfüllt. Hierzu ist jedoch ein neuer Auftrag erforderlich, auf Grund dessen der Dritte die Verbindlichkeit übernimmt, den dem Beauftragten erteilten Auftrag auszuführen. In diesem Sinne nimmt auch die herrschende Lehre[7] mit Recht an, daß zur Substitution (Unterbeauftragung) die Erteilung eines neuen Auftrags erforderlich ist, nicht dagegen eine Uebertragung des Auftrags im Sinne einer Rechtsnachfolge in Frage kommt.

Um nun nach außen hin rechtsverbindlich handeln zu können, bedarf der Dritte einer Vollmacht. Ebenso wie zur Unterbeauftragung ein neuer Auftrag erteilt werden muß, muß zur Unterbevollmächtigung eine neue Vollmacht, die Untervollmacht erteilt werden. Dies geht sowohl aus vorstehenden Ausführungen über den Unterauftrag, als auch den speziellen Erörterungen über die Untervollmacht hervor, zu deren Begriffsmalen es gehört, daß die Hauptvollmacht weiter besteht. Die Folgerung, daß die Vollmacht nicht übertragen wird, aus den Erwägungen zur Unterbeauftragung zu ziehen, bedeutet nicht etwa einen Angriff auf die Abstraktheit der Vollmacht. Sie bleibt auch vollkommen von dem Unterauftrage unabhängig. Es wäre nur widersinnig, wenn der Beauftragte, der dem Unterbeauftragten nur die Ausführung des Auftrages übertragen hat, diesem seine Vollmacht übertragen würde. Denn wenn es ihm nicht gestattet ist, den Auftrag selbst zu übertragen, so wird ihm auch eine Uebertragung der Vollmacht versagt sein. Andernfalls käme man zu dem Ergebnis, daß der Beauftragte weiter Beauftragter bliebe, der zur Ausführung des Auftrages in unseren Fällen erforderlichen Vollmacht sich aber entäußerte. Damit wäre der Zweck, den der Geschäftsherr dadurch verfolgt, daß er nur die Uebertragung der Ausführung des Auftrags gestattet, vereitelt. Der Beauftragte soll eben dem Auftraggeber gegenüber dieselbe Stellung weiter behalten und kann sich dann nicht seiner Vollmacht entledigen. Anders ist natürlich zu entscheiden, wenn die Erklärungen des Geschäftsherrn etwas anderes bestimmen. Diese Fälle dürften jedoch für die Praxis bedeutungslos sein, da sie zweckwidrig sind und regelmäßig dem Willen des Geschäftsherrn nicht entsprechen können.

---

7) Insbesondere Oertmann Bd. 2 Anm. 1 a zu § 664.

§ 6.

Die Untervollmacht ist die Erteilung einer neuen Vollmacht durch den Bevollmächtigten im eigenen Namen und bildet für das BGB. den Regelfall.

Bei Beantwortung der Frage, in wessen Namen der Bevollmächtigte die Untervollmacht erteile, wird man von dem Zweck der Unterbevollmächtigung ausgehen müssen, zu dem sie erfolgt. Denn da die Vollmacht sich zum jeweiligen Kausalverhältnis verhält wie Mittel und Zweck, so müssen sich aus dem Kausalverhältnis, dem Zweck, auch Schlüsse auf das Mittel, die Vollmacht, ziehen lassen. Mit andern Worten: Wir werden aus dem Kausalverhältnis erkennen können, ob der Bevollmächtigte die neue Vollmacht dem Dritten im eigenen Namen, oder im Namen des Dritten erteilt.

Nach den bisherigen Untersuchungen unserer Arbeit ist als feststehend anzusehen, daß der Beauftraate dem Dritten einen neuen Auftrag, den Unterauftrag und zu diesem Zwecke eine neue Vollmacht erteilt.[1] Der Beauftragte überträgt die Ausführung des Auftrags einem Dritten, um seine Auftragspflichten durch ihn zu verwirklichen. Es handelt sich freilich in erster Linie um Geschäfte, die in die Interessensphäre des Auftraggebers fallen, den auch die rechtlichen Folgen treffen und dem der wirtschaftliche Erfolg zugute kommt. Durch den Auftrag übernimmt jedoch der Beauftragte die rechtliche Verpflichtung, das Geschäft, das der Auftraggeber vornehmen wollte oder sollte, für ihn zu besorgen. Somit ist die Besorgung des Geschäfts, das in seiner Eigenschaft für den Beauftragten ein fremdes bleibt, in die Interessenspähre des Beauftragten gerückt, ja noch mehr, für ihn besteht nunmehr die rechtliche Pflicht, den Inhalt des Vertrages, die Geschäftsbesorgung zu verwirklichen. Es ist seine eigenste Aufgabe, den Auftrag auszuführen und für den Fall, daß ihm eine Uebertragung der Ausführung des Auftrages und die zur Ausführung erforderliche Vollmacht zu erteilen, gestattet ist, und er außerdem seiner Verpflichtung nicht persönlich nachkommen will, einen Dritten zu verpflichten und zu ermächtigen, die Geschäftsbesorgung für ihn auszuführen. Der Auftraggeber dagegen hat wohl ein Interesse, daß die rechtlichen Folgen der Geschäftsbesorgung, so wie sie nach den vertraglichen Vereinbarungen eintreten sollen, auch in der Tat eintreten, jedoch ist es ihm, da er eine Uebertragung der Ausführung des Auftrags gestattet hat, in tatsächlicher Beziehung

---

1) Der Auftrag ist nur beispielsweise in Anlehnung an die Entwicklung der gemeinrechtlichen Substitution gewählt. Es kann natürlich jedes andere Geschäftsbesorgungsverhältnis an seine Stelle treten.

gleichgültig, wer ihn ausführt. Sein Beauftragter bleibt auch fernerhin dieselbe Person,[2] der es nur überlassen bleibt, ob sie persönlich handeln, oder sich eines Dritten hierzu bedienen will. Es ist also für diese Fälle vollkommen in den Willen des Beauftragten gestellt, zu dessen Entlastung und Erleichterung der Geschäftsherr die Uebertragung der Ausführung gestattet hat, ob er einen Untervertreter bestellen will oder nicht. Die Ermächtigung hierzu hat er jedenfalls vom Geschäftsherrn erhalten. Die Unterbeauftragung ist also eine eigene Angelegenheit des Beauftragten. Soll der Unterbeauftragte als Stellvertreter auftreten, und diese Fälle interessieren uns hier nur, so hat der Beauftragte auf Grund seiner Vollmacht im eigenen Namen dem Dritten eine neue Vollmacht, die Untervollmacht zu erteilen.

Eine weit verbreitete Ansicht[3] sieht in der Bevollmächtigung eines Dritten seitens des Bevollmächtigten einen Stellvertretungsakt. Insbesondere haben Rosenberg und Götz, der diesem im wesentlichen folgt, diese Behauptung aufgestellt. Man geht davon aus, daß der Bevollmächtigte stets als Stellvertreter des Geschäftsherrn, dessen Geschäft Gegenstand der Stellvertretung sei, handle. Mithin nehme er auch die Bevollmächtigung eines Dritten stets im Namen des Geschäftsherrn vor. Wenn die Bevollmächtigung auch nicht immer ausdrücklich im Namen des Geschäftsherrn erfolge, so handle der Bevollmächtigte doch stets in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter des Geschäftsherrn. Desgleichen erfolge die Beauftragung des Dritten stets vertretungsweise, also im Namen des Auftraggebers. Denn „wer einen andern beauftragt, im Namen eines Dritten (des Geschäftsherrn) zu handeln, wird diesen Auftrag auch im Namen des Dritten erteilen."[4]

Dies ist gar nicht so selbstverständlich, wie es von Götz hingestellt wird. Nach den vorangegangenen Untersuchungen wird man zugeben müssen, daß die von uns dargelegte Konstruktion durchaus möglich ist. Durch die einseitige Doktrin, die Götz aufstellt, würde die Macht des Parteiwillens, die doch vom Gesetze gerade im Schuldrecht (bezüglich des Auftrags) in weitestem Maße anerkannt ist, geknebelt. Der Umstand allein, daß diese Lehre keine Ausnahme kennt, trotzdem sie auf einer unsicheren Basis steht, der Annahme, daß der Bevollmächtigte so handeln wird, beweist ihre Unrichtigkeit. Die

---

2) Ebenso RGRKomm. § 664 Anm. 3, Staudinger § 664. Vergl. auch Oertmann Bd. 2 Anm. 4 a zu § 664.

3) Götz S. 7, 10, 22. Rosenberg (auch für das Zivilrecht) S. 856 ff. Vergl. auch Biermann, S. 267, Enneccerus, Bd. 2 S. 475, Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 695, Planck Anm. 1 a zu § 664.

4) Götz S. 6 ff.

Annahme, daß der Bevollmächtigte nur Stellvertretungshandlungen vornehmen könne, ist eine Ueberspannung des Stellvertreterbegriffs. Weiter geht aus unseren Erörterungen hervor, daß der Dritte, dem Untervollmacht erteilt wird, nicht ohne weiteres annehmen kann, daß er direkter Bevollmächtigter des ersten Vollmachtgebers werden soll. Da die Umstände in der Regel dagegen sprechen, müßte er also, da bei der Stellvertretung das Offenheitsprinzip gilt, stets ausdrücklich im Namen des ersten Vollmachtsgebers ernannt werden. Daß dies aber in der Tat nur selten der Fall ist, gibt auch Götz zu. Endlich ist der für die von Götz vertretene Konstruktion gewählte Ausdruck „Untervollmacht"[5] zu bemängeln. Wird der Bevollmächtigte, falls er hierzu die Vollmacht besitzt, tatsächlich vertretungsweise tätig, d. h. erteilt er dem Dritten im Namen seines Vollmachtgebers Vollmacht, so wird der Dritte direkter Bevollmächtigter des ersten Vollmachtgebers und ist ihm selbst ko-, nicht subordiniert, er ist dann Ersatz- und nicht Unterbevollmächtigter.

Zugegeben wird, daß auch wir eine derartige Erteilung einer Vollmacht durch den Bevollmächtigten kennen. Es ist eine Frage der Willensauslegung, ob man im konkreten Falle in der Erlaubnis, das Geschäft durch Dritte ausführen zu lassen, eine Erweiterung der Vollmacht darin erblicken kann, daß der Bevollmächtigte ermächtigt sein soll, den Dritten im Namen des Geschäftsherrn zu bevollmächtigen, oder aber so dem Bevollmächtigten nur erlaubt sein soll, sich bei Ausführung des Geschäfts eines Dritten zu bedienen und ihm hierzu die erforderliche Vollmacht zu erteilen, ohne daß der Dritte Bevollmächtigter des Geschäftsherrn werden soll. Dann erfolgt die Bevollmächtigung nicht in Ausübung, sondern in Abänderung der Vollmacht.[6] Des weiteren ist im konkreten Falle zu erforschen, ob der Bevollmächtigte für den Fall, daß es ihm gestattet ist, den Dritten im Namen des Geschäftsherrn zu bevollmächtigen, dies auch wirklich getan hat.

Wir werden, da wir für die Untervollmacht keine direkten Auslegungsvorschriften haben, wie wir es bereits früher getan haben, auf das Kausalverhältnis stets dann zurückgehen müssen, wenn der Geschäftsherr sich nicht eindeutig erklärt hat, welche Art, einen Dritten zu bevollmächtigen, dem Bevollmächtigten gestattet sei. In der Regel wird der Geschäftsherr, wenn überhaupt die Ausführung durch Dritte in Frage kommt, um unbillige Härten zu vermeiden, dem Bevollmächtigten für gewisse Fälle gestatten, die Ausführung

5) Götz S. 8.
6) Oertmann Anm. 8 c zu § 167.

des Geschäfts einem Dritten zu übertragen, nicht etwa das Geschäft selbst. Das BGB. fordert für die meisten Geschäftsführungsverhältnisse persönliche Ausführung (§§ 613, 664, 675, 713). Dagegen führt es eine direkte Uebertragung, die auch möglich ist, niemals an. Für den Fall, daß der Geschäftsführer die Geschäftsbesorgung, zu deren Vornahme er im Zweifel persönlich verpflichtet ist, durch einen Dritten verwirklichen läßt, sieht es als Regelfall an, daß ihm nur die Uebertragung der Ausführung gestattet sei. Dies beweisen die §§ 664 und 675 BGB. Der bevollmächtigte Geschäftsführer darf dem Geschäftsherrn grundsätzlich keinen andern Geschäftsführer aufdrängen. Das geht aus dem persönlichen Charakter der angeführten Geschäftsführungsverhältnisse hervor. In erster Linie hat der Geschäftsführer das Geschäft selbst auszuführen. Ist er aber aus irgend einem Grund zur persönlichen Ausführung nicht verpflichtet, so kann er regelmäßig nur die Ausführung des Geschäftsführungsvertrages einem Dritten übertragen. Ganz ausnahmsweise nur, wenn kein Zweifel darüber besteht, daß der Geschäftsführer zur persönlichen Ausführung nicht verpflichtet ist, und wenn es ebenso feststeht, daß es ihm nicht etwa nur gestattet ist, die Ausführung zu übertragen, sondern dem Geschäftsherrn einen neuen direkten Geschäftsführer zu ernennen, dann und nur in diesen Fällen kann er stellvertretungsweise den Dritten bestellen. Denn im Zweifel behält das Geschäftsbesorgungsverhältnis, auch wennn ein Dritter tätig werden kann, seinen persönlichen Charakter, sodaß nur die Uebertragung der Ausführung gestattet sein kann, falls nicht das Gegenteil feststeht.

Für die dem Dritten erteilte Vollmacht gilt ähnliches. Auch sie hat einen persönlichen Charakter. Der Geschäftsführer kann nur dann den Dritten im Namen des Geschäftsherrn bevollmächtigen, wenn es ihm gestattet ist, diesem einen neuen Geschäftsführer zu bestellen. Ist ihm jedoch nur die Uebertragung der Ausführung gestattet, so wird ihm auch keine Vollmacht erteilt sein, den Dritten im Namen des Geschäftsherrn zu bevollmächtigen. Denn die Vollmacht wird, wie man annehmen kann, nur soweit gegeben sein, als sie zur Ausführung des Geschäfts erforderlich ist.[7] Ist jedoch nur die Uebertragung der Ausführung nicht aber die Bestellung eines neuen direkten Geschäftsführers dem Geschäftsherrn gegenüber gestattet, so kann der Bevollmächtigte auch nicht die Vollmacht besitzen, dem Geschäftsherrn einen direkten Bevollmächtigten zu ernennen. Hierin kann vielmehr nur die Ermächtigung des Geschäftsführers erblickt

7) Vergl. RGRKomm. Anm. 4 zu § 166.

werden, in seinem eigenen Namen den Dritten zu bevollmächtigen, das Geschäft im Namen des Geschäftsherrn auszuführen.

Nach diesen Ausführungen wird man uns zugeben müssen, daß die Annahme, die Bevollmächtigung des Dritten sei notwendig ein Stellvertretungsakt, unhaltbar ist und daß es verfehlt ist, in diesen Fällen von einer Untervollmacht überhaupt zu sprechen. Bereits O. F. Schütz[8] führt aus: „ille ipse tamen, a domine immediate constitutus in iure et apud eiusdem interpretes, non vocatur substitutus procurator ... sed illi tantum, qui a primis procuratoribus dati sunt, hac appellatione dati sunt, et propie substituti procuratores ... dicuntur."

Hiermit ist erwiesen, daß die Bezeichnung „Untervollmacht" nur unserer Konstruktion zukommt und ferner, daß die Unterbevollmächtigung den Regelfall für alle Fälle bildet, in denen der Bevollmächtigte einen Dritten bevollmächtigt, das Geschäft, zu dessen Vornahme er selbst ermächtigt und verpflichtet ist, im Namen des Geschäftsherrn auszuführen.

§ 7.

Untervollmacht, Ersatzvollmacht und Nachvollmacht.

Wie es aus den vorhergehenden Paragraphen hervorgeht, ist ein Unterschied zwischen Unter- und Ersatzbevollmächtigung zu machen. Beide Ausdrücke bezeichnen verschiedene Begriffe. Da in der Wissenschaft[1] und Praxis[2] die Bezeichnungen wie auch die Begriffe immer wieder vermengt werden, ist es zur Klärung des Instituts der Untervollmacht unerläßlich, auf das benachbarte Gebiet der Ersatz- und der Nachbevollmächtigung einzugehen. Wie bereits hervorgehoben, erteilt bei der Unterbevollmächtigung der Bevollmächtigte im eigenen Namen dem Dritten eine neue Vollmacht, die sich im Rahmen der ersten Vollmacht hält. Im Gegensatz hierzu sprechen wir von einer Ersatzbevollmächtigung, wenn der Bevollmächtigte eine neue Vollmacht im Namen des „ersten" Vollmachtgebers dem Dritten erteilt, die sich im Rahmen der ersten Vollmacht halten muß. Endlich findet eine Uebertragung der Vollmacht dann statt, wenn der Bevollmächtigte die ihm erteilte Vollmacht derart überträgt, daß er aus dem Vollmachtsverhältnis ausscheidet. Dann sprechen wir von einer Nachvollmacht.

8) O. F. Schütz aaO. Caput III § 1 Ziff. 1.

1) Der RGRKomm. Anm. 4 zu § 166 spricht nur von einer Ersatzvollmacht. Auch Enneccerus aaO. § 172 und Planck Anm. 8 zu § 167 verkennen das Wesen beider Institute, wenn sie behaupten, es komme darauf an, ob die Ausführung des ganzen Auftrags, oder nur einzelner Geschäfte übertragen sei. Beide unterscheiden Ersatz- und Untervollmacht, doch sind die den Ausdrücken unterstellten Begriffe u. E. nicht richtig. Denn das Wesen der Untervollmacht wird nicht durch den Umfang, sondern durch die Art der Bestellung bestimmt.

2) RGZ. Bd. 108 S. 409.

Der letzte Fall wird nur selten gegeben sein. Die Befugnis, die Vollmacht zu übertragen, kann regelmäßig nur dann angenommen werden, wenn sie vom Geschäftsherrn ausdrücklich erklärt ist. Sie wird gewöhnlich erst später eingeräumt, wenn in den persönlichen Verhältnissen des Bevollmächtigten Umstände eintreten, die ein Verbleiben im Vollmachtsverhältnis und zugleich mit diesem im Geschäftsverhältnis unzweckmäßig erscheinen lassen. In diesem Falle wird der Bevollmächtigte aus dem Geschäftsführungsverhältnisse, zu dessen Ausführung er keine Vertretungsmacht mehr besitzt, ausscheiden. Auch dieses wird dann übertragen.

Hierfür wird man sich in der Regel jedoch der Unter- oder Ersatzbevollmächtigung bedienen. Wie wir bereits ausgeführt haben, ist auch die Ersatzbevollmächtigung nicht der Regelfall. Die Vollmacht stellt sich als eine Erweiterung des rechtlichen Könnens dar. Es besteht wohl die Möglichkeit, dieses Können, die rechtliche Fähigkeit, für den Vollmachtgeber rechtsverbindlich handeln zu können, einem Dritten zu erteilen, nämlich für alle die Fälle, in denen ein persönliches Handeln des Bevollmächtigten nicht erforderlich ist. Dann ist der Dritte aber stets Unterbevollmächtigter, d. h. Bevollmächtigter des ersten Bevollmächtigten.

Ist dem ersten Bevollmächtigten jedoch eine erweiterte Vollmacht erteilt, die stets Voraussetzung für eine Ersatzbevollmächtigung ist und die darin besteht, daß ihm die Macht eingeräumt ist, in Vertretung des Vollmachtgebers einem Dritten eine im Rahmen seiner eigenen Vollmacht liegende Vollmacht zu erteilen, so kann er und zwar nur dann dem Dritten eine Ersatzvollmacht erteilen. Der Dritte wird also unmittelbarer Bevollmächtigter des Vollmachtgebers. Der Erstbevollmächtigte scheidet aus dem Vollmachtverhältnis zum Vollmachtgeber nicht aus, falls der Vollmachtgeber die Vollmacht nicht widerruft. Aus dem Grunde einer Ersatzbevollmächtigung erlischt jedenfalls seine Vollmacht nicht.

Ersatzvollmacht liegt z. B. stets dann vor, wenn ein Bevollmächtigter in Ausübung seiner Vollmacht namens des Prinzipals Geschäftsführungsverträge abschließt und die dazu gehörigen Vollmachten erteilt, wenn z. B. ein Prokurist für das Gewerbe seines Prinzipals Handlungsgehilfen mit bestimmtem Vollmachtsumfange anstellt, oder wenn ein Vermögensverwalter einem Rechtsanwalt Prozeßvollmacht zur Führung eines das verwaltete Vermögen betreffenden Streites erteilt.[3] Hier tritt der Zweitbevollmächtigte in

3) Hupka. S 357.

ein unmittelbares Vollmachts- wie auch Vertragsverhältnis zum Geschäftsherrn.

§ 8.

Die Erteilung der Untervollmacht ist ein Bevollmächtigungsakt.

Bei den bisherigen Ausführungen ist als selbstverständlich vorausgesetzt worden, daß die Unterbevollmächtigung ein Bevollmächtigungsakt ist. Da jedoch die von uns für richtig gehaltene Konstruktion, daß der Bevollmächtigte im eigenen Namen dem Dritten eine neue Vollmacht erteilt, nicht ohne Widerspruch geblieben ist,[1] und da man ihr vor allem zum Vorwurfe macht, es könnte niemand jemandem die Macht verleihen, für einen Dritten rechtsverbindlich zu handeln, so ist ein näheres Eingehen auf die rechtliche Natur des Aktes, der dem Unterbevollmächtigten nach unserem Erachten die Macht verleiht, erforderlich.

Durch die Erteilung der Vollmacht erlangt der Bevollmächtigte die Fähigkeit, den Vollmachtgeber durch Rechtsgeschäfte, die er in seinem Namen abschließt, zu berechtigen und zu verpflichten. Willenserklärungen, die er in dieser Weise im Rahmen seiner Vollmacht abgibt, haben dieselbe rechtliche Wirkung, als wenn sie vom Vollmachtgeber, den er vertritt, abgegeben worden wären. Sein rechtliches Können ist mithin insoweit erweitert, als er nicht nur für sich, sondern auch im Rahmen seiner Vollmacht für einen anderen Rechtsgeschäfte vornehmen kann. Durch die Vollmacht erhält der Bevollmächtigte ein subjektives Recht, vermöge dessen er Rechtsänderungen für den Vollmachtgeber hervorrufen kann.[2] Das subjektive Recht ist begrifflich eine Macht, die dem einzelnen durch die Rechtsordnung dem objektiven Recht verliehen ist und zur Befriedigung menschlicher Interessen dient.[3] Durch die Erteilung der Vollmacht wird nun ein Teil oder das ganze Recht eines Geschäftsfähigen auf Gestaltung seiner eigenen rechtlichen Verhältnisse dem Bevollmächtigten derart übermittelt, daß er neben dem Vollmachtgeber, der sein subjektives Gestaltungsrecht nicht verliert,[4] das Recht erhält, die Entstehung, Aufhebung oder Veränderung der subjektiven Rechte des Vollmachtgebers zu bewirken, sofern er innerhalb der ihm eingeräumten Macht in dessen Namen handelt. Die Erteilung einer

1) Rosenberg S. 839; Götz S. 8 ff. und 17 ff. Vergl. auch Anm. 3 zu § 6 dieser Arbeit.

2) Auch Enneccerus § 171 I rechnet die Vollmacht zu den Rechtsänderungs- (Gestaltungs-)rechten, soweit die Stellvertretung aktiv ist. Soweit die ihm gegenüber abgegebenen Willenserklärungen einseitig nicht annahmebedürftig sind, trifft das nicht zu. Insoweit ist die Vollmacht ein weiterer Begriff als der eines Gestaltungsrechtes.

3) Vergl. Enneccerus 1 § 65.

4) Anders im Nordgermanischen Recht. Vergl. v. Amira Bd. 1 S 357 Bd. 2 S. 368 ff.

Vollmacht bedeutet also notwendig die Einräumung einer Macht, eines subjektiven Rechts zum rechtsgeschäftlichen Handeln für und im Namen des Vollmachtgebers. Das eigentümliche der Vollmacht ist, daß sie ein subjektives Recht, ein Gestaltungsrecht verleiht, ohne daß das subjektive Recht des Verleihers in irgend einer Weise eine Einbuße erleidet, oder sich erschöpfen könnte.

Dem Bevollmächtigten steht nun kraft der Vollmacht subjektiv das Recht zu ,die Rechtsverhältnisse des Vollmachtgebers zu gestalten, soweit seine Vollmacht reicht und zwar in gleicher Weise, wie ihm das Recht zusteht bezüglich seiner eigenen Rechtsverhältnisse. Nur eine Einschränkung besteht bezüglich der ihm durch die Bevollmächtigung verliehenen subjektiven Rechte. Er kann sie nämlich grundsätzlich im Gegensatz zu seinen eigenen Rechten nicht weiterverleihen. (Der Ausdruck „Uebertragung“ ist nicht zutreffend, da er besagen würde, daß der Uebertragende sich des Rechtes entäußere.) Dies ist bereits aus dem Vertrauensverhältnisse, das eine Bevollmächtigung in der Regel zur Voraussetzung hat,[5] zu folgern. Wo jedoch dieser Grundsatz durch den Willen des Verleihers oder Gesetz durchbrochen ist, und diese Fälle sind gerade Gegenstand unserer Erörterung, dann fällt auch diese letzte Schranke. Dann kann der Bevollmächtigte das Recht weiterverleihen, ohne daß es in subjektiver oder objektiver Hinsicht eine Einschränkung erfährt. Die Verleihung dieser Gestaltungsrechte erfolgt durch Erteilung einer neuen Vollmacht, die wir Unterbevollmächtigung nennen, weil sie das Bestehen der ersten Vollmacht zur Voraussetzung hat und in zeitlicher und inhaltlicher Beziehung von ihr abhängig ist. Ist in der Vollmacht zugleich die Macht enthalten, einseitige, empfangsbedürftige Erklärungen für den Vollmachtgeber entgegenzunehmen, so sind die Ausführungen entsprechend auch auf diese Fähigkeit auszudehnen, die dann über den Begriff eines subjektiven Rechtes hinausgeht.

In der Wissenschaft ist eine klare Darstellung der Natur der Unterbevollmächtigung noch immer zu vermissen. Auch diejenigen Schriftsteller, welche die Unterbevollmächtigung als eigennamiges Rechtsgeschäft ansehen, lassen nicht eindeutig erkennen, ob das Handeln seine Wirksamkeit direkt von der Untervollmacht herleitet oder nicht.

Haas[6] versucht nachzuweisen, daß die Untervollmacht auf der Ueberlassung der Ausübung der Hauptvollmacht beruhe. Er geht davon aus, daß die Unterbevollmächtigung und Substitution (Untergeschäftsführung) zwei korrespondierende Begriffe sind und schafft nun einen der Uebertragung der Ausführung der Geschäftsfüh-

5) Planck § 167 Anm.
6) Haas aaO. § 9.

rungspflicht (§ 664 Abs. 1 Satz 1 BGB.) entsprechenden Begriff. Nach seiner Ansicht handelt es sich bei der Unterbevollmächtigung um die Uebertragung der Ausübung einer dritten Person gegenüber bestehenden Geschäftsführungspflicht.[7] Die Erteilung der Untervollmacht sei eine Uebertragung der Befugnis zur Ausübung dieses Rechtes.[8] Kraft der ihm zur Ausübung überlassenen Hauptvollmacht erwerbe der Unterbevollmächtigte eine wirkliche Vertretungsmacht.

Diese Konstruktion von Haas ist gekünstelt und widerspruchsvoll. Der Widerspruch liegt darin, daß rechtliche und tatsächliche Gesichtspunkte vermengt werden. Der Unterbevollmächtigte erwirbt seine Vertretungsmacht allein auf Grund der ihm von dem Bevollmächtigten erteilten Untervollmacht und diese allein übt er aus, wenn er handelt. Inwiefern, so muß man sich fragen, bedarf er einer neuen Vollmacht, der Untervollmacht, wenn ihm die Hauptvollmacht zur Ausübung überlassen ist. Wohl ist ihm die Ausführung der Geschäfte überlassen, aber nicht die Hauptvollmacht zur Ausübung. Bereits Krückmann[9] weist nach, daß es ein Unding sei, einerseits die Uebertragbarkeit eines Rechts, das in einer Ausübungsbefugnis besteht zu leugnen und andererseits die Uebertragbarkeit der Ausübung des Rechts zu bejahen. Es mag dahingestellt bleiben, inwieweit man seinen Ausführungen folgen kann, die übrigens bezüglich des Nießbrauchs erfolgt sind. Gegen ihn spricht das Gesetz (§ 1059 BGB.), für ihn die Denkgesetze, die für unsern Fall nicht durch gesetzliche Vorschriften ausdrücklich durchbrochen werden. Zugegeben werden muß allerdings, daß auch wir in jeder Bevollmächtigung eine Gestattung der Ausführung von Rechtsgeschäften, deren Ausführung bisher dem Vollmachtgeber zugestanden hat, sehen. Dies ist gerade das Wesen einer jeden Vollmacht, die zur Stellvertretung ermächtigt und braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden. Es wird jedoch nur die Ausübung der Geschäfte überlassen, dagegen nicht die des Rechtes selbst. Im Gegenteil, es wird ein neues Recht, bezw. eine Macht durch die Erteilung der Vollmacht begründet. Diesen konstitutiven Charakter leugnet Haas an dieser Stelle für die Unterbevollmächtigung, dagegen nicht für die Bevollmächtigung. Folgerichtig hätte er auch bei der Vollmacht erklären müssen, sie sei lediglich eine Ueberlassung der Ausübung des dem Vollmachtgeber zustehenden Rechtes, für sich rechtsverbindlich handeln zu können, nicht dagegen die Er-

7) Haas S. 44 ff.
8) Auch er sieht in der Untervollmacht in Anlehnung an Zitelmann ein Gestaltungsrecht.
9) Krückmann.

teilung einer Macht. Endlich halten wir den Ausdruck Ueberlassung für irreführend. Da durch einen Vollmachtsakt das dem Vollmachtgeber zustehende Recht sich keineswegs erschöpft, vielmehr es neben dem des Bevollmächtigten weiter besteht, so ist hier die Bezeichnung „Erteilung", die eine Ausübung des fortbestehenden Rechts nicht ausschließt, angebracht. Dieser Ausdruck entspricht auch dem einseitigen Bevollmächtigungakt. Durch eine Ueberlassung der Ausübung des Rechts begibt sich der Ueberlassende gegenüber demjenigen, dem die Ausübung überlassen ist, der Ausübung des Rechts, d. h. er darf es nicht mehr ausüben. Das ist aber bei der Untervollmacht niemals der Fall. Ebenso wie der Bevollmächtigte auf Grund seiner Vollmacht, kraft deren er handeln kann, ein eigenes Recht erwirbt, erhält der Unterbevollmächtigte ein solches durch die Untervollmacht. Die Geschäfte, zu deren Vornahme die Hauptvollmacht und die Untervollmacht ermächtigen, sind in tatsächlicher Hinsicht die gleichen. Da der Bevollmächtigte durch die Hauptvollmacht gewissermaßen jene erweiterte Geschäftsfähigkeit erhalten hat, kann er, soweit er die neuen Geschäfte nicht persönlich auszuführen verpflichtet ist, in gleicher Weise mit deren Ausführung einen Dritten betrauen, wie für die alten, die ihm auf Grund seiner Geschäftsfähigkeit, die in seiner rechtlichen Persönlichkeit beruht, zustehen. Die Macht, die der Dritte, der Unterbevollmächtigte, erhält, beruht immer und allein auf Grund einer neuen Vollmacht. Das Handeln auf Grund einer „zur Ausübung überlassenen Vollmacht" kann nie die Wirkung eines Stellvertretungsaktes hervorrufen, wenn nicht in dem „Ueberlassen" eine Uebertragung der Vollmacht oder eine neue Bevollmächtigung zu erblicken ist.[10] Dann ist dies aber keine bloße Ueberlassung der Hauptvollmacht zur Ausübung mehr. Die Konstruktion, daß die Macht des Unterbevollmächtigten auf einer Ueberlassung der Ausübung der Hauptvollmacht beruhe, führt uns nicht weiter. Ihr Zweck sollte es sein, die Uebertragung der Hauptvollmacht, die regelmäßig nicht zugelassen ist, zu umgehen. Sie erübrigt sich u. E. aber vollkommen. Denn es entspricht ja dem Wesen der Vollmacht, daß sie auch weiterhin dem Vollmachtgeber die Macht weiterbeläßt, die Geschäfte vorzunehmen, für die sie erteilt ist. Er besitzt nicht einmal die Möglichkeit, sich einer Macht wider den Willen des Machtgebers zu entäußern. Erteilt er also eine Untervollmacht, so beruht die Stellvertretungswirkung auf der rechtmäßig erteilten Untervollmacht in Verbindung mit der Ausübung der Untervollmacht, der Vornahme

10) Das gibt Haas § 6 auch zu und versucht es zu beweisen.

der Geschäfte im Namen des Hauptvollmachtgebers. Da die Untervollmacht auf der Erteilung einer rechtswirksamen Hauptvollmacht beruht, ebenso wie diese auf der Geschäftsfähigkeit des Hauptvollmachtgebers, nennt man auch die Untervollmacht eine mittelbare Vollmacht.[11] Der Unterbevollmächtigte habe die Vollmacht, die Vollmacht seines Vollmachtgebers auszuüben. Soweit man hiermit lediglich die Abhängigkeit der Untervollmacht von der Hauptvollmacht ausdrücken will, stimmen auch wir hiermit vollkommen überein. Dies scheint auch in der Regel der Fall zu sein.[12] Ferner geht aus dieser Redewendung deutlich hervor, daß der Unterbevollmächtigte kraft und in Ausübung seiner Untervollmacht handele. Daß eine solche Ausübung notwendig in tatsächlicher Beziehung einer Ausübung der Hauptvollmacht gleichkommt, ist selbstverständlich. Er übt in Wirklichkeit nur Geschäfte der Hauptvollmacht, nicht dagegen die Hauptvollmacht selbst aus.

Aus diesen Gründen halten wir es auch nicht für richtig, wenn Endemann[13] die Substitution eines Bevollmächtigten mit „Uebertragung der Ausübung der Vertretungsmacht eines andern" bezeichnet. Warum man der Unterbevollmächtigung einen anderen Charakter als der Vollmacht zuschreiben will, ist nicht verständlich. Ebenso wie die Vollmacht dem Bevollmächtigten eine Macht einräumt, die der Vollmachtgeber selbst besitzt, so verleiht auch die Untervollmacht dem Unterbevollmächtigten eine Macht, die der Untervollmachtgeber auf Grund der ihm erteilten Macht besitzt. Daß in tatsächlicher Hinsicht dieselben Geschäfte in Ausübung der Haupt- wie auch der Untervollmacht ausgeführt werden, beruht darauf, daß die Untervollmacht notwendig denselben Inhalt hat, wie die Hauptvollmacht. Daraus ergibt sich aber nicht, daß der Unterbevollmächtigte bei Ausführung der Geschäfte kraft der ihm übertragenen Ausübung der Hauptvollmacht handele. Er handelt kraft seiner Untervollmacht. Die Hauptvollmacht ist lediglich Voraussetzung für eine wirksame Erteilung der Untervollmacht, die insoweit zu ihr in einem Abhängigkeitsverhältnis steht.

Weiterhin muß der Theorie von Rosenberg[14] und Götz[15], der sich seinen Ausführungen anschließt, entgegengetreten werden, nach der es ein innerer Widerspruch sei, wenn jemand Bevollmächtigter

---

11) Wach aaO. S. 580. Vergl. Seuffert § 77 Anm. 3 Struckmann-Koch Anm. 2.

12) Besonders Wach aaO. S. 580: „Seine (des Unterbevollmächtigten) Vertreterstellung fällt und steht mit der des Substituierenden, m. a. o. W., er hat die Vollmacht, die Vollmacht seines Vollmachtgebers auszuüben."

13) Endemann S. 402 Abs. 3 c.

14) Rosenberg S. 839 ff.

15) Götz S. 17 f.

eines anderen als desjenigen sei, den er nach außen hin vertrete. Die Erteilung einer Vollmacht müsse begriffsnotwendig stets von der Person ausgehen, die von dem Bevollmächtigten vertreten werde. Ebenso wie Vertreter und Bevollmächtigter eine Person sein müßten, müßten auch Vertretener und Vollmachtgeber eine und dieselbe Person sein. Würde nun tatsächlich der Substitut (Untergeschäftsführer) seine Bevollmächtigung von dem Substituenten herleiten, so wäre die Bevollmächtigungserklärung desselben keine Ermächtigung zur Stellvertretung, sie wäre eine Verfügung.

Daß aber die Vollmacht keine Verfügung ist, geben wir ihnen ohne weiteres zu. Denn sie bringt keine unmittelbare Rechtsänderung mit sich. Erst das Handeln des Vertreters kann eine Verfügung sein, sofern durch sie unmittelbar eine Rechtsänderung eintritt. Die in der Theorie[16] und Praxis[17] vereinzelt dastehende Ansicht, daß die Erteilung einer Vollmacht zu einer Verfügung eines andern eine Verfügung ist, wird nicht gebilligt. Denn die Vollmacht, die nicht einmal eine Verpflichtung begründet, kann nun einmal keine unmittelbare Rechtsänderung hervorrufen. Auch der Auffassung Hupkas[18], daß die Substitutionsmacht eine Verfügung sui generis sei, können wir nicht beipflichten. Hiermit wird lediglich ein neuer Begriff geschaffen, durch den nichts gewonnen ist, der im Gegenteil nur die Unklarheit zu fördern geeignet ist.

Die Befugnis zur Unterbevollmächtigung ist eine Ermächtigung, die außerhalb der Vollmacht liegt.[19] Die Vollmacht hat, wie Hupka mit Recht hervorhebt, nur Vertreterhandlungen zum Gegenstande. Da für unsere Untersuchungen nur die Fälle in Frage kommen, in denen die Unterbevollmächtigung keine Stellvertretungshandlung ist, so kann sie nicht ein Stück der Vollmacht sein. Wir erblicken darin eine Zustimmung[20], die ausdrücklich oder stillschweigend dem Hauptbevollmächtigten erteilt worden ist. Diese Ermächtigung kann auch durch Gesetzesvorschrift ersetzt werden.

Die Ansicht, daß der Vollmachtgeber und der Vertretene eine Person sein müssen, ist eine unbewiesene Behauptung. Aus der Tatsache, daß Bevollmächtigter und Vertreter notwendig eine Person sein müssen, ist dieser Schluß nicht gerechtfertigt. Es ist Rosenberg[21] entgegenzuhalten, daß zwar Stellvertreter und Bevollmächtigter eine

16) Enneccerus § 134 Anm. 2.

17) RGZ. Bd. 90 S. 399 f., OLGE. Bd. 4 S. 415.

18) Hupka S. 359.

19) Hupka S. 359. A. A. für den Zivilprozeß Rosenberg S. 840. Auch für den Zivilprozeß halten wir unsere These aufrecht, wie noch später zu beweisen ist.

20) Vergl. über den Unterschied von Vollmacht und Zustimmung RGZ. Bd. 53 S. 274.

21) Rosenberg S. 839.

Person sein müssen, da jemand nur Stellvertreter ist, wenn er im Namen eines andern als Bevollmächtigter Geschäfte abschließt, mithin eine Bevollmächtigung Voraussetzung für jede Stellvertretertätigkeit ist.[22] Nicht dagegen besteht eine begriffliche Notwendigkeit der Einheit für die Person des Vertretenen und des Vollmachtgebers. Es ist durchaus einleuchtend, daß zwischen Bedingung und Wirkung geschieden werden könne. Grundsätzlich allerdings erteilt der Vertretene die Vollmacht, doch kann sie mit dessen Ermächtigung auch ein Dritter und soweit er selbst zur Vornahme der betreffenden Geschäfte Vollmacht besitzt, auch im eigenen Namen erteilen.[23]

Wir sehen also das Wesen der Befugnis zur Unterbevollmächtigung mit Hupka[24] gerade darin, daß ihr Inhaber imstande ist, jemanden im eigenen Namen zur Vertretung eines andern zu ermächtigen.

IV. Abschnitt.

Unter welchen Voraussetzungen ist eine Unterbevollmächtigung möglich und zulässig?

§ 9.

Wer kann Untervollmachtgeber, wer Untervollmachtnehmer sein?

Die Untervollmacht wird vom Hauptbevollmächtigten, oder mit seiner Ermächtigung von einem Dritten in seinem Namen erteilt. Das ist gerade das Wesen der Untervollmacht, daß sie vom Hauptbevollmächtigten ausgeht, dessen Hauptvollmacht eine notwendige Voraussetzung für sie ist.

Es scheiden also alle Fälle aus, in denen die Vertretungsmacht des Vertretenen, der einem Dritten zur Vornahme von Stellvertretungshandlungen gegenüber dem Vertretenen Vollmacht erteilt, nicht auf Rechtsgeschäft beruht. Hierunter fallen vor allem die Fälle der gesetzlichen Vertretung. Der Dritte, der von dem gesetzlichen Vertreter bevollmächtigt wird, kann wohl Untervertretungsmacht besitzen, aber er besitzt keine Untervollmacht, sondern nur eine einfache Vollmacht. Es wird auch hier Tatfrage sein, ob im konkreten Falle

22) Abgesehen von der Stellvertretung ohne Vertretungsmacht, die, streng genommen, gar keine Stellvertretung ist, sondern bei der sich der Handelnde nur als Stellvertreter ausgibt.

23) Vergl. auch Urteil des RG. vom 7. 6. 1918 in Warneyer RSpR. 1918 S. 270: „Wie die Vollmachtserteilung überhaupt rechtswirksam durch einen von dem Vollmachtgeber dazu ermächtigten Dritten erfolgen kann, . . .

24) Hupka S. 359.

eine Unter- oder Ersatzvertretung vorliegt. Jedenfalls ist auch hier eine Uebertretung durchaus möglich, die dann vorliegt, wenn der Dritte in Ausübung der ihm vom gesetzlichen Vertreter im eigenen Namen erteilten Vollmacht handelt. Dies ist entgegen Cosack[1] und Weyl[2] hervorzuheben, da nach ihrer Ansicht stets nur die Bestellung eines Ersatzvertreters zulässig ist. Demgegenüber wird auch vom Reichsgericht betont,[3] daß die Erteilung der Vollmacht von einem Vormund dann in seinem eigenen Namen erfolge, wenn es sich um die Uebertragung der aus der Vormundschaft fließenden Befugnisse handle. Da es sich hier um besondere Vertrauensakte handelt, wird es sich also prinzipiell nicht durch einen Ersatzmann seiner Pflicht entledigen können, selbst wenn ihm die persönliche Ausführung nicht zugemutet werden kann. In diesen Fällen kann er sich nur dadurch helfen, daß er einen Dritten im eigenen Namen bevollmächtigt, sein Mündel zu vertreten. Ferner scheiden die Fälle aus, in denen der Dritte von dem Organ einer juristischen Person bevollmächtigt wird. Der Bestellungsakt der Organe ist kein Bevollmächtigungsakt, sondern ein von ihm nach Wesen und Begriff verschiedener dem Sozialrecht angehöriger Rechtsakt. Nach der im Bürgerlichen Recht herrschenden Theorie der realen Verbandspersönlichkeit[4] sind diese Organisationen Rechts- und Willenssubjekte. Die Handlungen, welche die verfassungsmäßigen Organe in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen vornehmen, gelten als Handlungen der juristischen Person selbst. Ihr Wille gilt als Wille der juristischen Person. Dieser Grundsatz ist vor allem in den §§ 31, 86 und 89 BGB. verankert. Das Gesetz (§ 26 Abs. 2 BGB.) sagt: Der Vorstand hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Streng genommen ist er jedoch nicht Vertreter, sondern Willensorgan. Nur für die juristisch technische Behandlung hat er diese Stellung eines gesetzlichen Vertreters.

Aus diesen Ausführungen geht hervor, daß den von dem Vorstand eines rechtsfähigen Vereins bestellten Vertretern niemals Untervollmacht erteilt werden kann. Durch die ihnen erteilte Vollmacht werden sie stets Bevollmächtigte der Organisation. Sie sind auch streng genommen keine Untervertreter, wenn sie im Namen der juristischen Person auftreten, sondern direkte Stellvertreter. Freilich können sie juristisch technisch (vergl. § 26 Abs. 2 BGB.) die

---

1) Cosack Bd. 1 S. 237.
2) Weyl, Vorträge Bd. 1 S. 282.
3) RGZ. Bd. 41 S. 265.
4) Vor allem Gierke, Dtsch. Priv. R .Bd. 1 472. Vergl. auch Enneccerus § 96 III. und die unter Anm. 2 angeführte Literatur.

Stellung eines Vertreters einnehmen, wenn sie im Namen des Vorstands bevollmächtigt worden sind. Doch werden sie hier in der Regel auf Grund der organschaftlichen Stellung des Vorstandes im Namen der juristischen Person ernannt werden. Nur wenn dem Vorstand im konkreten Falle eine Erteilung einer Vollmacht nicht gestattet ist und sie verpflichtet sind, diese Geschäfte selbst vorzunehmen, kann eine Untervertretung in juristisch technischem Sinne möglich sein.

Es darf jedoch nur derjenige Hauptbevollmächtigte Untervollmacht erteilen, der hierzu ermächtigt ist. Die Ermächtigung kann auf dem Willen des Geschäftsherrn, oder auf Gesetz beruhen.[5]

Ferner wird er in der Regel geschäftsfähig sein müssen, andernfalls die Erteilung einer Untervollmacht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf. Wohl kann eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person nach der herrschenden Lehre Stellvertretungshandlungen auf Grund der ihr erteilten Vollmacht vornehmen. Die Erteilung einer Untervollmacht ist jedoch, wie wir gesehen haben, ein neuer Bevollmächtigungsakt, ein Rechtsgeschäft, daß der Untervollmachtgeber in seinem eigenen Namen vornimmt. Da der Unterbevollmächtigungsakt dem Hauptbevollmächtigten nicht lediglich Vorteile verschafft, sondern ihm auch Nachteile, wie z. B. Regreßansprüche einbringen kann, so bedarf er, falls er minderjährig ist, gemäß § 107 BGB. hierzu der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Zu dem entgegengesetzten Ergebnisse gelangt Haas[6] auf Grund seiner Konstruktion, welche die Untervollmacht der Ueberlassung der Ausübung der Hauptvollmacht gleichsetzt und an dieser Stelle leugnet, daß die Untervollmacht eine Erteilung einer „völlig neuen“ Vollmacht ist.[7] Wir haben bereits früher diese Konstruktion abgelehnt, da u. E. Stellvertretungshandlungen nur auf Grund einer Vollmacht, nicht aber auf Grund einer zur Ausübung überlassenen Hauptvollmacht vorgenommen werden können.[7]

Untervollmachtgeber wie Untervollmachtnehmer kann im Gegensatz zum gemeinen Recht,[8] das verschiedene Beschränkungen kannte, jedes Rechtssubjekt sein.

Besondere Vorschriften bestehen für das Gebiet des Prozeßrechts, das später behandelt werden wird.

---

5) So auch O. F. Schütz aaO. Caput III § 4 Ziff. 1: „non omnes procuratores alios substituere posse: sed illos tantum quibus haec substituendi potestas vel expressa constituentis voluntate, vel legis dispositione concessa est“.

6) Haas aaO. § 16.

7) Ferner machen wir auf den Widerspruch aufmerksam, der darin zu finden ist, daß Haas im § 6 seiner Arbeit nachweist, daß die Erteilung der Untervollmacht ein neuer Bevollmächtigtgungsakt ist, während dies hier geleugnet wird.

8) Vergl. O. F. Schütz aaO. Caput III, insbes. § 14 Ziff. 1.

§ 10.

Zulässigkeit der Unterbevollmächtigung.

Wie bereits angedeutet, kann die Ermächtigung sowohl auf dem Willen des Hauptvollmachtgebers, wie auch auf Gesetz beruhen.

Die Ermächtigung zur Unterbevollmächtigung ist ihrem Wesen nach, wie wir früher bereits dargelegt haben und hier kurz in Erinnerung bringen, eine Einwilligung, sofern sie auf dem Willen des Geschäftsherrn beruht. Sie ist nicht etwa ein Bestandteil der Hauptvollmacht. Sie kann es auch garnicht sein, da eine Vollmacht immer zum Handeln im fremden Namen ermächtigt, die Untervollmacht aber im eigenen Namen erteilt wird.

Ist dem Hauptbevollmächtigten ausdrücklich die Befugnis eingeräumt, in seinem Namen einem Dritten zur Vertretung des Geschäftsherrn eine Untervollmacht zu erteilen, so ist die Unterbevollmächtigungsbefugnis des Hauptbevollmächtigten außer Zweifel gestellt. In der Regel wird diese Einwilligung jedoch nicht ausdrücklich erklärt. Es wird dann eine Frage der Willensauslegung sein, festzustellen, ob dem Hauptbevollmächtigten die Befugnis zustehe, oder nicht. Oft genug wird sogar die Hauptvollmacht nur stillschweigend erteilt. Man wird in diesen Fällen auf das obligatorische Rechtsgeschäft, zu dessen Vornahme die Vollmacht erteilt ist, zurückgehen müssen, um nachzuforschen, welcher Zweck vom Geschäftsherrn verfolgt wird. Geht aus diesem Geschäfte hervor, daß der Bevollmächtigte unter allen Umständen seiner Verpflichtung, den Geschäftsherrn zu vertreten, in Person nachkommen muß, so ist daraus zu schließen, daß der Hauptbevollmächtigte nicht befugt ist, bei der Erfüllung seiner Vertragspflichten sich eines Dritten zu bedienen und ihm zu diesem Zwecke Untervollmacht zu erteilen.

Als oberster Grundsatz muß gelten, daß die Auslegungsregeln, die im folgenden aufgestellt werden, stets einschränkend angewandt werden müssen. Es ist nicht in das Belieben des Hauptbevollmächtigten gestellt, Untervollmachten zu erteilen. In der Regel wird das zugrundeliegende Kausalgeschäft dem Hauptbevollmächtigten eine Vertrauensstellung einräumen, die eine Uebertragung der Ausführung im Zweifel nicht rechtfertigt. Dasselbe gilt von der Bevollmächtigung. Im Zweifel ist die Uebertragung einer Vollmacht, wie Planck[1] mit Recht ausführt, mit Rücksicht auf das in der Bevollmächtigung zum Ausdruck gelangende Vertrauensverhältnis für unzulässig zu erachten. Dasselbe gilt mutatis mutandis für die Untervollmacht. Auch hier wird mit Rücksicht auf das Vertrauensverhält-

1) Planck Anm. 8 zu § 167. Ebenso JW. 1912 S. 526.

nis dem Bevollmächtigten nicht die Befugnis eingeräumt sein, einem Dritten, wenn auch in seinem Namen, eine Untervollmacht zu erteilen. Denn durch diese erhält der Dritte die Macht, den Geschäftsherrn zu verpflichten. Immerhin wird man nicht generell Grundsätze aufstellen können, die für alle Fälle gültig sind, sondern man wird stets auf den konkreten Einzelfall zurückgehen müssen. Hat z. B. der Geschäftsherr wiederholt Unterbevollmächtigungen, die sein Bevollmächtigter ohne Ermächtigung vorgenommen hat, genehmigt, so wird man in ähnlich gelagerten Fällen mit Recht den Schluß ziehen dürfen, daß er auch für künftige Unterbevollmächtigungen durch sein Verhalten seine Zustimmung erteilt hat. Denn das konkludente Verhalten steht einer ausdrücklichen Willenserklärung gleich.

Wenn jedoch der Geschäftsherr ausdrücklich oder durch eindeutiges Verhalten eine Unterbevollmächtigung nicht gestattet hat, so ist die Erteilung einer Untervollmacht, die trotz dieses Verbots erfolgt ist, für ihn ohne jede rechtliche Wirkung. Das Gleiche gilt, wenn er der Unterbevollmächtigung nur bezüglich bestimmter Personen zugestimmt, der Bevollmächtigte aber eine andere Person bevollmächtigt hat.

Fernerhin wird häufig ausschlaggebend sein der Zweck des Kausalgeschäfts, zu dessen Ausführung die Vollmacht erteilt wird und das Interesse an der Ausführung des Geschäfts seitens des Geschäftsherren.

In den Fällen, in denen der Bevollmächtigte ein ausschließliches Interesse an der Ausführung des Kausalverhältnisses hat, wird man annehmen müssen, daß ihm die Art und Weise, wie er das Geschäft ausführen will, überlassen ist. Dies wird z. B. dann der Fall sein, wenn der Geschäftsherr jemanden beauftragt, eine Forderung einzuziehen, ihm zugleich gestattet, nach Einziehung das Geld zu behalten und ihm ferner hierzu Vollmacht erteilt. Hier kann es dem Geschäftsherrn gleichgültig sein, ob er den Auftrag in Person ausführt, oder einem Dritten Untervollmacht erteilt.

Im Gegensatz zum gemeinen Recht,[2] das dem späteren römischen Rechte[3] folgend, die Substitution zuließ, wenn sie auf dem Willen des Geschäftsherrn oder Gesetz beruhte, standen die neueren Kodifikationen ihr ablehnend gegenüber. Mit Rücksicht auf den persönlichen Charakter des Auftrags war es dem Mandatar grundsätzlich nicht gestattet, sich einen Substituten zu ernennen. Das Allg.

2) Vergl. O. F. Schütz aaO. insbes. Caput III § 4.

3) Die hier angedeutete Entwicklung ist eingehend bei Hupka aaO. S. 346 ff. behandelt. Es sei infolge Raummangels auf diese interessanten Ausführungen verwiesen

Landrecht[4] verbietet grundsätzlich jede eigenmächtige Substitution, ebenso wie das Sächs. BGB.[5] und das Oesterr. Allg. Bürgerl. Gesetzbuch von 1811.[6]

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Grundsätze übernommen, wenn auch nicht in der diesen Kodifikationen eigenen Form. Anstelle der Dispositionsvorschriften treten bloße Auslegungsregeln, die der Lage des konkreten Falles mehr Rechnung tragen. Es ist also nach dem im Einzelfall erkennbaren Willen des Geschäftsherrn und nur im Zweifel nach der Regel des Gesetzes zu entscheiden. In den §§ 613, 664, 675 und 713 wird erklärt, daß der Dienstverpflichtete, der Beauftragte und der geschäftsführende Gesellschafter ihrer Gestionspflicht im Zweifel selbst nachzukommen haben. Sie dürfen also im Zweifel die Ausführung der Geschäftsführungspflicht, die durch einen Untergeschäftsführungsvertrag erfolgt, keinem Dritten übertragen. Für den Werkvertrag ist eine solche Regel nicht aufgestellt. Nicht ohne Grund zweifelt Hupka[7] die Berechtigung dieser Auslegungsregeln an, da durch sie nichts bedeutendes gewonnen ist. Die Natur des Einzelfalles werde in der Regel fast nie einen Zweifel übrig lassen, die positiven Gesetzesvorschriften aber die Praxis zu einer allzu ängstlichen Behandlung verleiten können.

Man wird also im konkreten Falle alle Umstände berücksichtigen müssen, die in der Art des vorzunehmenden Geschäfts oder in den persönlichen Verhältnissen begründet sind. Es sind zwar alle Rechtshandlungen, soweit sie nicht ohnehin wegen ihrer höchstpersönlichen Natur Gegenstand eines Geschäftsführungsvertrages sein können, ihrer Ausführung nach übertragbar. Bei den meisten Geschäften jedoch verbürgt die Tauglichkeit des Geschäftsführers, den der Vertretene sich ausgewählt hat, eine angemessene Ausführung. Dies wird stets der Fall sein, wenn der Inhalt des ganzen Geschäfts oder eines Teiles in das Ermessen des Geschäftsführers gestellt ist, oder wenn die Geschäfte besondere Erfahrenheit, sei es in praktischer oder juristischer Hinsicht, fordern, und zwar nicht nur si procurator ad arduum aliquod negotium et rem magni momenti constitutus fuerit, wie Schütz[8] sagt, sondern oft genug auch bei den Geschäften des täglichen Lebens.[9] Häufig hat er ihn mit Rücksicht auf seine bewährte Zuverlässigkeit, dem ihm eigenen Fleiß, oder son-

4) ALR. I. Teil 13. Titel § 37, 47; 11. Titel §§ 900, 928; 17. Titel §§ 210, 231.
5) Vergl. §§ 1010, 1161, 1199.
6) Vergl. §§ 1232, 1243, 1307, 1369.
7) Hupka aaO. S. 349—50.
8) O. F. Schütz aaO. Cap. III § 5 Ziff. 5.
9) Hupka aaO. S. 350.

stiger an ihm geschätzten Eigenschaften bevollmächtigt. In allen diesen Fällen darf der Geschäftsherr erwarten, daß sein Bevollmächtigter persönlich tätig wird. Eine Befugnis zur Unterbevollmächtigung kann man dann nur annehmen, wenn der Geschäftsherr seinen gegenteiligen Willen geäußert hat, grundsätzlich ist sie jedoch ausgeschlossen. Dies hebt auch bereits O. F. Schütz für das gemeine Recht hervor.[10]

Anders jedoch ist zu entscheiden, wenn es sich um die Vornahme von Rechtshandlungen handelt, die ihrer Natur nach so einfach sind, oder die vom Geschäftsherrn derart vorgezeichnet sind, daß sie dem selbständigen Ermessen des Geschäftsführers keinen Raum geben, vielmehr in Abgabe einer bestimmten Erklärung bestehen. Hier kann es dem Geschäftsherrn gleichgültig sein, wer das Geschäft vollzieht, wenn es nur tatsächlich vollzogen wird. Hupka führt mit Recht aus,[11] daß es eine reine Schikane wäre, wollte man in solchen Fällen dem Geschäftsführer die Befugnis absprechen, sich bei der Vornahme des Geschäfts eines andern zu bedienen. Derartige Geschäfte werden z. B. regelmäßig die Mahnung und die Kündigung sein, oder die Einkassierung von Mietszinsen. Doch können auch hier persönliche Verhältnisse eine abweichende Behandlung verlangen. Ein Beispiel, das Cosack anführt,[12] ist in dieser Hinsicht sehr anschaulich: „Wenn Haupt die Vollmacht zum Empfange der Mietszinsen seiner Häuser seinem Hausmeister Mundt, oder seinem Bankier Zahn erteilt, so kann Zahn ...... seinen Angestellten Untervollmacht geben, während Mundt nicht einmal auf seine Frau eine Untervollmacht ausstellen kann." Die letztere Folgerung ist u. E. etwas zu weit gegangen. Daß Mundt nur in besonders geeigneten Fällen Untervollmacht erteilen kann, gestehen auch wir zu, wenn wir ihm auch nicht schlechthin die Befugnis absprechen. Jedenfalls zeigt uns der Fall, daß auch die Einfachheit des vorzunehmenden Geschäfts nicht immer ausschlaggebend ist, daß vielmehr auch andere Momente, wie die Art des Kausalgeschäftes, eine Rolle spielen. Der Hausmeister, der für seine Dienste entlohnt wird, und der in diesen Diensten aufgeht, wird sich nicht in dem Maße eines Dritten bedienen können, wie etwa ein Beauftragter, der unentgeltlich handelt.

Demnach können wir mit Hupka[13] allgemein sagen: „Ob derjenige, welcher die Ausführung eines Rechtsgeschäfts für eine dritte

10) Schütz aaO. Cap. III § 5 Ziff. 5:
11) Hupka aaO. S. 350.
12) Cosack Lehrbuch S.
13) Hupka S. 352. Diese Ausführungen haben sich auch in der Literatur allgemeine Geltung verschafft. Vergl. Staudinger Anm. 8 zu § 164; Oertmann Anm. 8 zu § 167, Planck Anm. 7 zu § 167.

Person substituieren dürfe, hängt, abgesehen von einer diesbezüglichen speziellen Willenserklärung des Geschäftsherrn, wesentlich davon ab, ob der Geschäftsherr nach der Sachlage ein schutzwürdiges Interesse an der persönlichen Ausführung des Geschäfts durch den Beauftragten hat, oder nicht. Im ersteren Falle ist die Substitution[14] unstatthaft, im letzteren dagegen ist sie gestattet."

Diesen Satz, den Hupka für die Substitution, die Uebertragung der Ausführung eines Geschäftsführungsvertrages aufstellt, ist auch für das äußere Verhältnis, für die Unterbevollmächtigung, maßgebend. Denn man wird annehmen können, daß die Ermächtigung zur Erteilung einer Vollmacht soweit gegeben ist, als eine Untervollmacht zur Ausführung des Geschäftsführungsvertrages durch den Dritten erforderlich ist. Natürlich sind beide Grundsätze nur Auslegungsregeln und gelten nur im Zweifel.

Unsere Betrachtungen gingen bisher vom Geschäftsherren aus. Entscheidend war seine Persönlichkeit, sein Interesse. Doch auch die Persönlichkeit des Geschäftsführers bedarf einer eingehenden Berücksichtigung. Ist es ihm zuzumuten, mit Rücksicht auf seine soziale Stellung, sein Vertragsverhältnis zum Geschäftsherrn, das gegenseitig, aber auch einseitig sein kann, oder ferner mit Rücksicht auf besondere erst später eintretende Umstände das Geschäft in Person auszuführen? Alle erwähnten Umstände verleihen dem Geschäftsführer an sich keine Befugnis zur Unterbevollmächtigung.[15] Aus diesen Verhältnissen wird man jedoch in der Regel auf den mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn Schlüsse ziehen können, da ihm diese fast immer zur Zeit des Abschlusses des Geschäftsvertrages und der Erteilung der Vollmacht bekannt gewesen sein werden. Bevollmächtigt er die betreffende Person und überträgt er ihr die Ausführung des Geschäfts trotzdem, so wird man in vielen Fällen eine Zustimmung zur Erteilung von Untervollmachten bereits in der Erteilung der Vollmacht sehen können.

Daß die soziale Stellung, die der Bevollmächtigte im Leben einnimmt, für die Frage, ob ihm gestattet ist, sich bei der Ausführung eines Dritten zu bedienen und diesem Untervollmacht zu erteilen, von großer Bedeutung ist, geht schon aus dem Beispiel von Cosack hervor. Dem Bankier, der gewöhnlich im Gegensatz zum Hausmeister mit Berufsgeschäften überlastet ist, wird der Geschäftsherr es nicht versagen können, Untergeschäftsführer zu bestellen und zu be-

---

14) Hupka versteht unter Substitution die Uebertragung der Ausführung des Geschäftsführungsvertrages, einen Untergeschäftsführungsvertrag nach unserer Bezeichnung.
15) Abgesehen von § 665 BGB., der noch später behandelt wird.

vollmächtigen, andernfalls er damit rechnen muß, daß das Geschäft aus Zeitmangel gar nicht ausgeführt werden kann.

Ferner wird es auch auf die Art des Geschäftsführungsverhältnisses ankommen. Ist es ein Werkvertrag, so besteht für den Geschäftsführer keinerlei Beschränkung; gemäß § 267 BGB. darf jeder Dritte erfüllen.

Beim Auftrag haben wir hervorgehoben, daß mit Rücksicht auf das ihm zugrundeliegende Vertrauensverhältnis eine Uebertragung der Ausführung im Zweifel unstatthaft ist. Andererseits darf die Tatsache nicht außer acht gelassen werden, daß die Geschäftsführungspflicht unentgeltlich übernommen worden ist. Oft genug würde es unbillige Härte bedeuten, wenn der Geschäftsherr auf einer persönlichen Ausführung bestehen würde. Gerade aus der Unentgeltlichkeit wird man häufig schließen können, daß der Geschäftsherr dem Geschäftsführer gestattet habe, für gewisse Fälle, die dem Ermessen des Geschäftsführers überlassen sein können, einen Untervertreter an seiner Statt handeln zu lassen. Soviel Vertrauen wird er ihm in der Regel entgegenbringen.

Mitunter wird der Geschäftsführer sogar verpflichtet sein,[16] einen Untergeschäftsführer zu bestellen, manchmal sogar in Fällen, in denen der Geschäftsherr diese Befugnis ausdrücklich abgelehnt hat. In Notfällen, in denen der Geschäftsführer durch unvorhergesehene Umstände an der Geschäftsführung plötzlich verhindert wird, wird er, wenn das Geschäft nicht ohne Schaden für den Geschäftsherrn aufgeschoben werden kann, stets zur Untergeschäftsführung und Unterbevollmächtigung berechtigt und oft sogar verpflichtet sein. In vielen Fällen wird man mit Recht annehmen können, es entspreche dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, daß der Beauftragte die Ausführung wenigstens eventuell, wenn sie ihm infolge späterer unvorhergesehener Ereignisse persönlich unmöglich gemacht, oder erschwert werden sollte, einem Untergeschäftsführer anvertrauen dürfe.[17] Diese Befugnisse ergeben sich für den Auftrag aus § 665 BGB. und für andere Geschäftsführungsverhältnisse, insbesondere den Dienstvertrag, aus §§ 665, 675 BGB. Hiernach ist der Geschäftsführer berechtigt, von den Weisungen des Geschäftsherrn abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Geschäftsherr bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Allerdings muß er nach Möglichkeit von dem Geschäftsherrn Erlaubnis einholen. § 665 ist ein Fall der ge=

---

16) Vergl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Bd. 1 S. 66 ff., 221 ff.- Bd. 3 S. 61 ff.

17) Vergl. Oertmann Bd. 2 Anm. 1 zu § 664

setzlichen Ermächtigung, da der Geschäftsführer den Untergeschäftsführer befugterweise bestellt hat, auch wenn seine Annahme dem tatsächlichen Willen des Geschäftsherrn nicht entspricht. Hupka meint,[18] daß diese Fälle schon aus dem Gesichtspunkt der notwendigen negotiorum gestio als eine erlaubte Substitution erscheinen (vergl. §§ 680, 681, 683 BGB.). Dies mag für die Untergeschäftsführung gelten, für eine Unterbevollmächtigung muß es jedoch abgelehnt werden. Der bevollmächtigte Geschäftsführer bedarf zur Unterbevollmächtigung nur der Zustimmung des Vollmachtgebers, die auch durch gesetzliche Vorschriften ersetzt werden kann. Eine Einwilligung liegt in unseren Fällen nicht vor. In den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag kann aber eine gesetzliche Ermächtigung zur Erteilung einer Untervollmacht niemals erblickt werden. Stellvertreterhandlungen des derart bestellten Untergeschäftsführers werden daher zu ihrer Wirksamkeit regelmäßig noch der Genehmigung des Vertretenen bedürfen, da er auf Grund einer schwebend unwirksamen Vollmacht gehandelt hat.

In allen diesen Fällen mit Ausnahme des letzten ist ohne weiteres klar, daß der Geschäftsführer, der zugleich Bevollmächtigter ist, auch zur Unterbevollmächtigung befugt ist. Es besteht kein Grund, dem Bevollmächtigten die Befugnis zur Unterbevollmächtigung deshalb abzusprechen, weil die Bestellung eines Untergeschäftsführers nicht auf Vertrag, sondern auf gesetzlicher Ermächtigung beruhe, während man sie bei bloßer Ermächtigung zur Bestellung eines Untergeschäftsführers ohne weiteres annimmt. Man wird annehmen können, daß die Befugnis soweit gegeben sein muß, als es einer Unterbevollmächtigung zur Ausführung des Geschäfts bedarf.[19]

Für gewisse Fälle wird der Geschäftsherr die Ausführung des Geschäftsführungsvertrages auch dann gelten lassen müssen, wenn er eine Unterbevollmächtigung und Untergeschäftsführung nicht gestattet hat. Da jedoch der Dritte dann als Untervertreter ohne Vertretungsmacht handelt, wird dieser Fall an anderer Stelle eingehend behandelt werden.

§ 11.

Die Untervollmacht kann nur solche Geschäfte zum Gegenstande haben, zu deren Vornahme der Hauptbevollmächtigte auf Grund seiner Hauptvollmacht ermächtigt ist.

Nach unseren bisherigen Ausführungen versteht es sich von selbst, daß die Untervollmacht nur solche Geschäfte zum Gegenstand

18) Hupka S. 353.
19) Vergl. RGRKomm. Anm. 4 zu § 166.

haben kann, zu deren Vornahme der Hauptbevollmächtigte auf Grund seiner Hauptvollmacht ermächtigt ist. Die Hauptvollmacht ist ja gerade die Voraussetzung für die Erteilung der Untervollmacht. Sie unterscheidet sich von der Vollmacht dadurch, daß die Person, welche die Untervollmacht erteilt, nicht eine ursprüngliche, in ihrer Rechtspersönlichkeit liegende Macht zur Vornahme der Geschäfte hat, sondern daß ihr erst selbst die Macht zur Vornahme dieser Geschäfte von einem Dritten, dem Hauptvollmachtgeber durch einseitiges Rechtsgeschäft erteilt wird. Daraus ergibt sich, daß die Untervollmacht immer inhaltlich dieselben Geschäfte zum Gegenstand haben muß, wie die Hauptvollmacht. Der Vollmacht und Untervollmacht stehen entsprechend auf obligatorischem Gebiete zwar nicht notwendig, aber in der Regel Geschäftsführungs- und Untergeschäftsführungsvertrag gegenüber, zu deren Ausführung sie erteilt werden. Der bevollmächtigte Geschäftsführer überträgt die Ausführung des Geschäftsführungsvertrages einem Dritten durch den Untergeschäftsführungsvertrag und erteilt ihm die Untervollmacht zur Ausführung dieser Geschäfte. Die Untervollmacht kann also stets nur solche Geschäfte zum Gegenstande haben, zu deren Vornahme der Hauptbevollmächtigte auf Grund der Hauptvollmacht ermächtigt ist.

Eine gesetzliche Vermutung für den Umfang der Vollmacht besteht nicht. Man nimmt mit Recht ganz allgemein[1] an, der Bevollmächtigte könne, soweit er überhaupt die Befugnis besitze, innerhalb der Grenzen seiner eigenen Vertretungsmacht den Umfang der Untervollmacht beliebig bestimmen, ebenso wie es ihm auch überlassen sei, sich bei der Ausführung seiner Geschäftsführung ganz oder teilweise eines Dritten zu bedienen. Allerdings wird gelegentlich, so vom 1. Zivilsenat des Reichsgerichts[2] und diesen Ausführungen folgend von Killy,[3] behauptet, eine Substitution liege nur dann vor, wenn die Geschäftsführungspflicht vollständig übertragen sei, andernfalls sei der Dritte nur Gehilfe. Dem können wir nicht bedingungslos beitreten. Es gibt unbestritten Geschäftsführungsverhältnisse, die in Teile mit gewisser Selbständigkeit zerlegt werden können. Ueberträgt man einen solchen Teil, der nicht nur mechanisches Handeln nach bestimmten Weisungen, sondern eigene Entschließungskraft erfordert und eigene Wirkungen hervorruft, so handelt der Dritte, der Untergeschäftsführer, nicht als Gehilfe, sondern als Untervertreter und bedarf einer Untervollmacht. In den weiteren

1) Vergl. Kammergericht in OLGE. Bd. 12 S. 23 ff.
2) RGZ. Bd. 78 S. 312.
3) Killy, Substitution beim Auftrag, Heidelberger Dissertation (1914) S. 12.

Ausführungen der erwähnten Entscheidung sieht sich das Reichsgericht auch gezwungen, diesen Grundsatz dahin einzuschränken, daß es sagt: „... hat er (der Geschäftsführer) sich ihrer (der Geschäftsführungspflicht) nur teilweise erledigt, sodaß der Dritte nur zu seiner Unterstützung zugezogen ist, so liegt der Fall der Substitution nicht vor". Hieraus geht deutlich hervor, daß auch das Reichsgericht nicht in jeder teilweisen Uebertragung der Ausführung schlechthin eine notwendige Gehilfenschaft des Dritten sieht.

Demgegenüber erblicken Enneccerus[4] und Planck[5] gerade in der Unterbevollmächtigung eine Vollmacht, die dann erteilt wird, wenn die Ausführung der Geschäftsführung nur teilweise übertragen ist, während sie bei völliger Uebertragung die hierfür erteilte Vollmacht Ersatzvollmacht nennen. Auch diese Ansicht ist irrig. Sie treffen in der rein äußerlichen Unterscheidung nicht das Wesen der beiden Institute. Daß eine Untervollmacht auch alle Geschäfte, zu deren Vornahme der Hauptbevollmächtigte ermächtigt ist, umfassen kann, haben wir bereits früher dargelegt, als wir den Unterschied zwischen Unter- und Ersatzvollmacht festlegten. Die Gültigkeit dieses Satzes, daß die Untervollmacht den gleichen, oder einen teilweisen Umfang der Hauptvollmacht haben kann, hat die Praxis[6] auch dann anerkannt, wenn der Bevollmächtigte Generalvollmacht besitzt. Auch der Generalbevollmächtigte kann, wenn er nur Substitutionsbefugnis besitzt, einen Dritten mit der Ausführung der ihm obliegenden Geschäfte betrauen, und ihm Vertretungsmacht verleihen in demselben Umfange, wie er sie selbst besitzt. Dies gilt jedoch nicht für die Prokura und die Handlungsvollmacht, für die besondere Bestimmungen bestehen. Nach § 52 Abs. 2 ist die Vollmacht des Prokuristen überhaupt nicht, nach § 58 HGB. die des Handlungsbevollmächtigten nur mit Zustimmung des Prinzipals übertragbar. Diese Vorschriften beziehen sich nur auf die eigentliche Vollmachtsübertragung und die Generalsubstitution, nicht auch auf die Unterbevollmächtigung zu einzelnen Handlungen, für die die allgemeinen Vorschriften ihre Gültigkeit besitzen.[7]

---

4) Enneccerus Bd. 1 S. 468.
5) Planck Bd. 1 Anm. 8 zu § 167.
6) Vergl. OLGE. Bd. 12 S. 93 ff. LG. Würzburg in Seuff. Arch. Bd. 65 S. 133.
7) Vergl. Hupka S. 359 f.

V. Abschnitt.

Rechtliche Wirkungen der Untervertretung.

§ 12.

Der Unterbevollmächtigte vertritt den Hauptvollmachtgeber.

Unsere bisherigen Untersuchungen haben ergeben, daß die Vollmacht dem Unterbevollmächtigten von dem Hauptbevollmächtigten im eigenen Namen erteilt wird. Wenn nun der Unterbevollmächtigte innerhalb seiner Vollmacht Handlungen ausführt, so erhebt sich die Frage, welche Wirkungen dieses Handeln des Unterbevollmächtigten habe. Es sei gleich hier hingewiesen, daß nur eine Vertretung, soweit sie Stellvertretung ist, interessiert. Ausschlaggebend wird daher die Feststellung sein, wer durch das Handeln unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird. Die in der Praxis[1] noch herrschende und auch in der Wissenschaft[2] verbreitete Auffassung sieht in dem Unterbevollmächtigten den Vertreter des Hauptbevollmächtigten, der ihn ernennt und in dessen Interesse er tätig wird. Daß das Handeln des Unterbevollmächtigten letzten Endes auch Wirkungen für und gegen den Hauptvollmachtgeber erzeugte, beruhe darauf, daß der Hauptbevollmächtigte seinerseits Vertretungsmacht für den Geschäftsherrn besitze.

Dieser Ansicht können wir nicht beitreten. Der Hauptbevollmächtigte erteilt dem Unterbevollmächtigten im eigenen Namen die Untervollmacht zur Vornahme von Rechtsgeschäften, die Gegenstand der Hauptvollmacht sind. Jede Vollmacht wird erteilt zur Vornahme von Rechtsgeschäften in fremdem Namen. Hierin unterscheidet sie sich allein von der Einwilligkeit.[3] Der Hauptbevollmächtigte muß also, falls er überhaupt als Stellvertreter angesehen werden will, im Namen des Geschäftsherrn die Rechtsgeschäfte vornehmen. Die Unterbevollmächtigung ist in Verbindung mit der Uebertragung der Ausführung der Geschäftsführungspflicht für den Hauptbevollmächtigten ein Mittel, sich bei der Erfüllung seiner Pflicht zu seiner Erleichterung eines Dritten zu bedienen. Will er seiner Geschäftsführungspflicht ordentlich nachkommen, so muß er dem Dritten

---

1) Es wird vorerst daran erinnert, daß nach dieser Auffassung zwei Arten von Untervollmachten möglich sind. Die eine ist bereits früher behandelt und ist ihrem Wesen nach Ersatzvollmacht. Bei der andern Art, das ist die hier zu behandelnde, ernennt der Hauptbevollmächtigte sich einen Vertreter. Vergl. RG. in RGZ. Bd. 108 S. 047, KG. in OLGE. Bd. 40 S. 276, Bd. 22 S. 179, Bd. 12 S. 93, Bd. 11 S. 395, Bd. 9 S. 294, OLG. Colmar i. Els. LZ. 32 S. 371.

2) Vergl. Enneccerus § 172 2 b; Planck Bd. 1 Anm. 8 zu § 167.

3) RGZ. Bd. 53 S. 275.

nicht einfache Vollmacht, sondern Untervollmacht erteilen. Diese ermächtigt ihn aber nur im Namen des Hauptvollmachtgebers, den die Wirkungen unmittelbar treffen sollen, aufzutreten. Handelt er in dieser Weise, so wirkt die Willenserklärung, die der Unterbevollmächtigte abgibt, allein und unmittelbar gegen den Hauptvollmachtgeber als den Vertretenen.

Wohl vertritt der Unterbevollmächtigte in tatsächlicher Hinsicht den Hauptbevollmächtigten, er ist jedoch niemals sein Stellvertreter im Sinne des BGB. Er füllt lediglich den Platz seines Vollmachtgebers aus, er tritt in Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptbevollmächtigten an dessen Stelle. Niemals treffen jedoch den Hauptbevollmächtigten die Wirkungen der Stellvertretungshandlungen, wenn nur der Unterbevollmächtigte als solcher d. h. im Namen des Geschäftsherrn auftritt. Es ist also nicht korrekt, wenn Enneccerus[4] den Unterbevollmächtigten einen „Vertreter des Vertreters" nennt. Freilich gibt auch er zu, daß der Unterbevollmächtigte im Namen des Hauptvollmachtgebers handle, den auch die rechtlichen Folgen unmittelbar treffen. Insbesondere gibt er also in der Tat zu, daß der Unterbevollmächtigte zwar Bevollmächtigter des Hauptbevollmächtigten, aber Stellvertreter des Geschäftsherrn, des ersten Vollmachtgebers und nicht des Vertreters ist.

Auch von Tuhr[5] weist darauf hin, daß dieser Vertreterbegriff nicht dem des Bürgerlichen Rechts entspreche. Man geht darüber hinaus, indem man jede Person, die anstelle und im Namen eines Dritten handelt, Vertreter nennt, auch wenn die Rechtswirkungen garnicht in dieser Person des angeblich Vertretenen eintreten.

Wenn das Reichsgericht[6] erklärt, es könne auch in der Weise eine Untervollmacht erteilt werden, indem der Vertreter sich einen Dritten zu seinem eigenen Vertreter bestelle, so ist das unrichtig und wurzelt auf einem leider immer noch nicht genau festgelegten Untervollmachtsbegriff, der bisher häufig als Sammelbegriff für verwandte Arten der Vollmacht gebraucht wurde. Entweder der Ausdruck „Vertreter des Vertreters" bedeutet Stellvertreter im Sinne des BGB., dann handelt es sich um keine Untervollmacht;[7] denn der Vertreter kann nur im Namen des Hauptbevollmächtigten handeln und diesen berechtigen und verpflichten.[8] Oder aber er erteilt

4) Enneccerus § 172 2 b 6 und Anm. 12.
5) von Tuhr S. 411 Anm. 231.
6) RGZ. Bd. 108 S. 407.
7) Der Stellvertreter wäre dann direkter Stellvertreter des Bevollmächtigten, in dessen Namen er handeln müßte und zugleich mittelbarer Vertreter des Geschäftsherrn.

tatsächlich eine Untervollmacht, d. h. eine Vollmacht eigenem Namen, dann ist der Dritte nicht Vertreter des Hauptbevollmächtigten.

Die von uns dargelegte Auffassung, daß der Unterbevollmächtigte Stellvertreter des Hauptvollmachtgebers und Bevollmächtigter des Hauptbevollmächtigten, vertreten vor allem noch Hupka,[9] Oertmann[10] und Riezler.[11]

§ 13.

Willensmängel, Kenntnis und Kennenmüssen.

Die Untervollmacht als Vollmacht und das Handeln des Unterbevollmächtigten in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter, als Stellvertretungshandlung, unterliegen grundsätzlich den Vorschriften des BGB. über Vertretung und Vollmacht (§§ 164—181). Da der Unterbevollmächtigte Bevollmächtigter des Hauptbevollmächtigten und Vertreter des Geschäftsherrn ist, könnte bei der Frage, welche Person ausschlaggebend ist, wenn Willensmängel, Kenntnis oder Kennenmüssen die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung beeinflussen, Zweifel entstehen. § 166, der diese Fälle behandelt, lautet:

> Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Kenntnis, oder durch Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.
>
> Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen mußte, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht.

Der Abs. 1 des Paragraphen findet auf die Untervertretung direkte Anwendung.[1] Den Vorschriften des BGB. liegt die Repräsentationstheorie zugrunde. Daraus erklärt sich, daß immer zunächst die Person des Vertreters entscheidet, soweit die Erfordernisse der Willenserklärung in Frage stehen. Nur daneben kommt unter Umständen auch das Kennen und Kennenmüssen des Vertretenen (Abs. 2) in Betracht. Für die Auslegung des Abs. 1 kann nur eine Schwierigkeit bestehen, wenn man der irrigen Annahme folgt, daß

8) Dieses scheint das RG., wie aus den weiteren Ausführungen zu schließen ist, anzunehmen.
9) Hupka S. 358—59.
10) Oertmann Anm. 8 zu § 167.
11) Riezler in Staudingers Komm. Anm. 8 zu § 164.
1) Vergl. Oertmann Anm. 8 d zu § 167.

der Unterbevollmächtigte in Vertretung (im Sinne der §§ 164 ff. BGB.) des Hauptbevollmächtigten handle. Denn der Vertretene kann die Willensmängel geltend machen. Nach unseren Darlegungen jedoch dürfte es eindeutig und unzweifelhaft feststehen, daß der Vertretene im juristisch-technischen Sinne nur der sein kann, den die rechtlichen Folgen der Stellvertretungshandlung treffen. Das ist stets der Geschäftsherr. Daß die Wirkungen des Geschäfts den Vertretenen treffen, beruht auf dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen der handelnden Personen und auf dem Gesetz, das diesen Willen anerkennt. Da das Geschäft jedoch lediglich von dem Vertreter abgeschlossen wird, so kommt es in den von uns behandelten Fällen nur auf die Person des Vertreters an. Vertreter ist der Unterbevollmächtigte, der im Namen und mit Wirkung für und gegen den Geschäftsherrn handelt. Daß er seine Vollmacht vom Hauptbevollmächtigten und nicht vom Vertretenen herleitet, spielt hier keine Rolle, da das Gesetz nur Vertreter und Vertretenen gegenüberstellt und es für die Anwendbarkeit des § 166 Abs. 1 belanglos ist, ob er die Vertretungsmacht direkt vom Vertretenen erhalten hat oder nicht. Mithin kommt für die Willensmängel,[2] Kenntnis und Kennenmüssen nur die Person des Unterbevollmächtigten in Betracht. Willensmängel des Geschäftsherrn dagegen berühren, soweit § 166 Abs. 1 BGB. reicht, die rechtlichen Folgen in keiner Weise.

Eine andere Frage ist natürlich die, ob der Geschäftsherr vielleicht bezüglich der Hauptvollmacht Willensmängel geltend machen und auf diese Weise indirekt die Untervollmacht zunichte machen könne. Dies hat jedoch mit der Vornahme des Geschäfts an sich, die durch die erwähnten Umstände beeinflußt werden, nichts zu tun. Denn es werden nicht nur die speziellen Folgen seines Auftretens beeinflußt, sondern jede Stellvertretertätigkeit als solche zunichte gemacht, wenn die Voraussetzung jeder Stellvertreterhandlung, die Vollmacht, mit Erfolg angegriffen wird.

Auch bezüglich des zweiten Absatzes werden wir grundsätzlich daran festhalten können, daß der Geschäftsherr der Vertretene, der Vertreter der Unterbevollmächtigte und der Vollmachtgeber der Untervollmachtgeber, der den Vertreter bevollmächtigt, ist. Es kann unter demjenigen, der sich auf die Unkenntnis des Vertreters berufen kann, nur der Vertretene, der Geschäftsherr verstanden wer-

2) Unter „Willensmängel“ sind hier nicht nur Zwang, Betrug und Irrtum, sondern auch die Fälle des mangelnden Willens bei Mentalreservation, Simulation, Nichternstlichkeit der Willenserklärung mitzuverstehen. Vergl. hierüber allgem. Literatur über die Stellvertretungslehre, auf die hier verwiesen wird, insbesondere Enneccerus § 169, I.

den. Das liegt in der Natur der Untervollmacht, die eine Scheidung von Vertreter und Vertretenem zur Folge hat. Der Untervollmachtgeber hat ja gar kein rechtliches Bedürfnis, sich darauf zu berufen, da ihn keine unmittelbaren Folgen treffen.

Hat nun der Untervollmachtgeber seinem Unterbevollmächtigten, der als Stellvertreter des Geschäftsherrn auftritt, bestimmte Weisungen erteilt, ohne selbst vom Geschäftsherrn solche empfangen zu haben, und hat der Unterbevollmächtigte nach diesen Weisungen gehandelt, so kann sich der Geschäftsherr trotz seiner bona fides in Ansehung solcher Umstände, die der Untervollmachtgeber kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. Diese Lösung entspricht allein dem Wortlaut des Gesetzes und der ratio legis. Wir werden, trotzdem im § 166 Abs. 2 BGB. Vollmachtgeber und Vertretener eine Person ist, bei der Untervollmacht, bei der Vertretener und Vollmachtgeber verschiedene Personen sind, demgemäß zwischen beiden zu scheiden haben. Daß unter der Person, die sich nicht auf die Unkenntnis berufen kann, nur der Vertretene verstanden werden kann, haben wir bereits nachgewiesen. Vollmachtgeber kann bereits aus dieser Tatsache heraus nur der Untervollmachtgeber sein, daß nur er dem Unterbevollmächtigten Weisungen geben kann, nicht etwa auch der Geschäftsherr direkt, da dieser, wie wir später nachweisen werden, in keinem Rechtsverhältnis zu ihm steht. Weiterhin ist durch die Unterbevollmächtigung der Fall nicht wesentlich anders gelagert, wie er es ohne sie sein würde. Gesetzt den Fall, sie wäre nicht erfolgt, so würde der Bevollmächtigte, d. i. der Untervollmachtgeber, unter den Voraussetzungen eines pflichtgemäßen Handelns genau so handeln, wie der Unterbevollmächtigte, der sich streng an seine Weisungen hält. Für diesen Fall wäre jeder Zweifel darüber ausgeschlossen, daß der Geschäftsherr gemäß § 166 Abs. 1 sich auf Willensmängel und ähnliche Umstände nicht hätte berufen können; denn sein Vertreter hatte ja Kenntnis gehabt. Oder sollte der Geschäftsherr etwa besser stehen, wenn sein Vertreter, der Unterbevollmächtigte, zwar keine Kenntnis von diesen Umständen gehabt, aber nach bestimmten Weisungen desjenigen gehandelt hat, der dem Geschäftsherrn gegenüber handeln sollte und der ihm diese Weisungen trotz Kenntnis erteilt hat? Dies wäre ein Widerspruch, der nicht aus dem Gesetze herausgelesen werden kann. Nach diesen Ausführungen wird man der Auffassung von Haas[3] nicht beipflichten können, wenn er sagt: „Was die Vorschrift des Abs. 2 des § 166 anlangt, so kommt dieselbe zweifellos dann nicht zur Anwendung,

3) Haas aaO. S. 124 f.

wenn der schlechtgläubige (der Kenntnis von den Umständen besitzende) Bevollmächtigte, dem Unterbevollmächtigten bestimmte Weisungen erteilt". Wenn er weiter ausführt, daß es nicht einzusehen sei, warum der schlechte Glaube eines an der Vornahme des Vertretungsgeschäfts selbst völlig unbeteiligten Dritten die bona fides des Vertreters belanglos machen sollte, so halten wir entgegen, daß der Untervollmachtgeber dadurch, daß er bestimmte Weisungen erteilt hat, nach denen auch der Unterbevollmächtigte gehandelt hat, auf die konkrete Gestaltung des Stellvertretergeschäftes, wenn auch nicht einen ausschlaggebenden, so doch einen ganz bedeutenden Einfluß hat. Letzten Endes ist diese Entscheidung auch durchaus billig. Durch die bestimmten Weisungen wird der Stellvertreter häufig genug in seiner ihm eigenartigen Entscheidung derart eingeengt, daß sein Handeln dem eines Boten ähnelt. Häufig wird er dann einfach die Weisungen ausführen, ohne besondere Gelegenheit zu erlangen, diese „Umstände" zu erforschen. Dies hat gewöhnlich sein Vollmachtgeber, der Hauptbevollmächtigte bereits besorgt. Auf diese Weise würde auf Kosten der Rechtssicherheit der Anfechtung etc. durch den Geschäftsherrn Tür und Tor geöffnet, während die Kenntnis des einzigen, der vielleicht Gelegenheit hatte, sie zu erwerben und der gerade diese Folgen bewußt, wenngleich durch einen Dritten, den Unterbevollmächtigten, herbeigeführt hat, außer acht gelassen werden würde.

Das gleiche gilt, wenn der Hauptbevollmächtigte die Weisungen arglistig, um dem Geschäftsherrn Schaden zuzufügen, erteilt hat, ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder Unkenntnis des Unterbevollmächtigten. Nur für den Fall ist eine Ausnahme zu machen, daß der Kontrahent, mit dem der Unterbevollmächtigte kontrahiert, beabsichtigt zum Schaden des Geschäftsherrn handelt. Dann liegt ein Fall der Kollusion vor, oder wenn der Unterbevollmächtigte gutgläubig ist, ein kollusionsähnlicher Fall, welcher der Kollusion gleichzustellen ist. Das in dieser Weise vorgenommene Rechtsgeschäft ist nichtig[4].

Aus dem Dargelegten läßt sich nicht etwa der Umkehrschluß ziehen, daß bei Kenntnis des Unterbevollmächtigten und Unkenntnis des Hauptbevollmächtigten Willensmängel des Hauptbevollmächtigten, der bestimmte Weisungen erteilt hat, die rechtlichen Folgen beeinflussen. Denn Kenntnis desjenigen, der die Stellvertretungs-

4) Vergl. RGZ. Bd. 78 S. 353 über das Wesen der Kollusion: Rechtsgeschäfte, die dem Gegenstande nach gegen Gesetz oder gute Sitten nicht verstoßen, werden im Sinne des § 134 wie des § 138 BGB. nur nichtig, wenn von beiden Beteiligten gegen Gesetz und gute Sitte verstoßen wurde.

handlung vornimmt, schadet stets und verhindert die Beeinflussung der rechtlichen Folgen. (§ 166 Abs. 2 BGB.).

Für den Fall, daß bereits der Geschäftsherr dem Hauptbevollmächtigten bestimmte Weisungen erteilt hat, die dieser wiederum dem Unterbevollmächtigten weiter gegeben hat, wird der Geschäftsherr trotz eigener Unkenntnis sich auf die des Vertreters nicht berufen können, wenn der Hauptbevollmächtigte Kenntnis besaß. Dies ist eine notwendige Folge aus den von uns aufgestellten Voraussetzungen. Denn jede Mittelsperson, die Kenntnis hat, schadet.

§ 14.

Ist ein Geschäft, das der Hauptbevollmächtigte mit dem Unterbevollmächtigten im eigenen Namen abschließt und das Gegenstand der Haupt- und Untervollmacht ist, rechtswirksam?

Die Frage, ob ein Kontrahieren des Hauptbevollmächtigten im eigenen Namen mit dem Unterbevollmächtigten unter § 181 BGB. fällt, wird sehr verschieden beantwortet. Die Differenzen beruhen in der Hauptsache darauf, daß man von einem nicht einheitlichen, irrigen Begriffe des Unterbevollmächtigten ausgeht. Nach § 181 kann ein Vertreter, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts gilt der Grundsatz, daß § 181 BGB. nur auf die Art des Zustandekommens der Rechtsgeschäfte, nicht auf die zugrundeliegenden widerstreitenden Interessen bezogen werden kann. Nicht das Vorhandensein solcher Interessen hindere nach § 181 die volle Wirksamkeit des Vertrages, sondern lediglich der Umstand, daß verschiedene und einander entgegenstehende Interessen der Vertragschließenden bei dem Vertragsschlusse einen und denselben Vertreter gefunden hätten.[1]

Es mag dahingestellt bleiben, ob die Ansicht des Reichsgerichts die richtige ist, oder ob die zugrundeliegenden Interessen ausschlaggebend sind, wie Levy[2] und Predari[3] nachzuweisen versuchen, da es für die Entscheidung unserer Frage nicht wesentlich erscheint. Immerhin dürfte die Interessenfrage nicht ganz außer acht gelassen werden.

---

1) Vergl. insbes. RGZ. Bd. 108 S. 406/07, Bd. 103 S. 417/18 und die dort erwähnten Entscheidungen.
2) Levy in JW. 1925 S. 240 f.
3) Predari in Gruch. Beiträgen Bd. 63 S. 67 5ff.

Nach unserer Auffassung ist der Unterbevollmächtigte Bevollmächtigter und Beauftragter des Hauptbevollmächtigten. Zu dem Geschäftsherrn dagegen steht er in keinen direkten rechtlichen Beziehungen. Er ist lediglich sein Vertreter, d. h. die Wirkungen der Stellvertretungshandlungen entstehen direkt in der Person des Geschäftsherrn. Wir werden später eingehend darlegen, daß der Vertretene keinen direkten Einfluß auf den Unterbevollmächtigten ausüben kann. Der Unterbevollmächtigte hat vielmehr lediglich den Weisungen seines Vollmacht- und Auftraggebers nachzukommen. Er hat also lediglich den Willen des Bevollmächtigten in die Tat umzusetzen. Der Hauptbevollmächtigte kann dem Unterbevollmächtigten auf Grund des Auftrages also stets die Weisung erteilen, der dieser nachzukommen hat, ihm gegenüber das Rechtsgeschäft vorzunehmen oder mit ihm den Vertrag zu schließen. Daraus geht hervor, daß das Stellvertretungsgeschäft, trotzdem die widerstreitenden Interessen der Person noch zwei verschiedene Vertreter gefunden haben, letzten Endes auf einem einheitlichen Willen beruht. Der Unterbevollmächtigte hat als Stellvertreter des Geschäftsherrn dessen Interessen wahrzunehmen, ist jedoch zugleich verpflichtet, diese Interessen innerhalb seiner Untervollmacht nach den Weisungen seines Auftraggebers, des Bevollmächtigten, zu verwirklichen. So kommen wir zu dem Ergebnis, daß bei pflichtgemäßem Verhalten des Unterbevollmächtigten das Geschäft oder der Vertrag, den der Unterbevollmächtigte im Namen des Vertretenen mit dem Bevollmächtigten schließt, einzig und allein von dem Bevollmächtigten ausgeht. Der Unterbevollmächtigte, der natürlich auch die Interessen des Vertretenen zu wahren hat, wird hierüber stets von dem Bevollmächtigten informiert, der ihn an seiner Stelle das Geschäft ausführen läßt. Die widerstreitenden Interessen werden also letzten Endes von einer Person, dem Bevollmächtigten, wahrgenommen und zwar seine eigenen in direkter Weise, die des Vertretenen indirekt. U. E. ist daher § 181 auch für diese Fälle anwendbar. Dies kann zwar nicht direkt geschehen, da § 181 erfordert, daß der Vertreter die entgegengesetzten Interessen wahrnimmt, während hier eine andere Person, der Bevollmächtigte, dies tut. Man wird jedoch für diese Fälle eine analoge Anwendung des § 181 nicht ausschließen können, weil er grundsätzlich die Wahrnehmung entgegengesetzter Interessen durch eine Person bei Stellvertretungshandlungen verhindern will. Darum stimmen wir mit Eckert[4] überein, der in seinen Darlegungen ausführt, daß ein Vertreter immer die Befugnisse auf einen ande-

4) Eckert i. d. Zeitschr. für Rechtspfl. in Bayern 1908 S. 180.

ren übertragen[5] könne, die er selbst habe. Daraus gehe hervor, daß ein Vertreter, der selbst nicht von den Beschränkungen des § 181 befreit sei, keinen Stellvertreter bestellen könne, der für seine Person von dieser Beschränkung befreit sei. Wie wir bereits darlegten, käme es auf dasselbe heraus, wenn der Bevollmächtigte mit sich selbst kontrahierte, oder wenn er mit dem Unterbevollmächtigten, der seinen Weisungen nachzukommen hat, das Geschäft abschlösse.[6] Soweit also dies nicht ausdrücklich vom Vertretenen gestattet war, oder das Rechtsgeschäft ausschließlich in Erfüllung einer Verbindlichkeit bestand, ist es schwebend unwirksam[7] und erzeugt, wenn es nicht genehmigt wird, keine Wirkung. Ein Kontrahieren des Bevollmächtigten mit dem Unterbevollmächtigten innerhalb ihrer Vollmacht ist also grundsätzlich nicht gestattet. Würde man für diese Fälle ein Kontrahieren des Unterbevollmächtigten mit dem Hauptbevollmächtigten zulassen und nur auf dem Umwege für den Fall eines agere in fraudem die Unwirksamkeit zu konstruieren versuchen, so hieße das eine der ratio legis widersprechende Auslegung des § 181 zu geben. Dies gilt sowohl von dem Standpunkt, der den Grund in der Interessenkollision sieht, also auch vom Standpunkt des Reichsgerichts, angewandt auf unsere Konstruktion der Untervollmacht.

Anderer Auffassung müssen alle diejenigen sein, die den Begriff des Unterbevollmächtigten in einem anderen Sinne festzulegen versuchen. Die noch herrschende Zivilrechtsliteratur und Praxis[8] unterscheidet zwei Arten, die beide mit unserem Begriff nicht übereinstimmen. Für den Fall, daß der Bevollmächtigte sich einen Vertreter bestellt, ist § 181 anwendbar. Ist jedoch der Dritte im Namen des Geschäftsherrn ernannt, so kommt § 181 nicht in Frage. Den ersten Fall lehnen wir ab, da der Unterbevollmächtigte Stellvertreter (im Sinne des BGB.) des Geschäftsherrn und nicht des Bevollmächtigten ist. Den zweiten Fall kennen auch wir. Wir sehen jedoch in ihm einen Fall der Ersatzbevollmächtigung. Er ist wesentlich anders gelagert, da der Ersatzbevollmächtigte in ein direktes Kausal- und Vollmachtsverhältnis zum Geschäftsherrn tritt. Es steht also nichts entgegen, dem Ersatzbevollmächtigten ein Kontrahieren mit dem Erstbevollmächtigten, wie auch jedem anderen Dritten zu gestatten, es sei denn, daß der Bevollmächtigte von seiner Vollmacht dem Geschäftsherrn einen Stellvertreter zu bestellen, Gebrauch macht,

5) Unter dem Uebertragen, das, wie wir sahen, in verschiedener Bedeutung gebraucht wird, sehen wir ein Erteilen oder Verleihen. Bei einem Uebertragen im engsten Sinne liegt allerdings der Fall anders.

6) Aehnlich OLG. Colmar i. d. Dtsch. Juristenzeitung 1903, S. 204.

7) Vergl. Hupka S. 341; herrschende Lehre.

8) Vergl. § 1, Anm. 10 dieser Arbeit.

um die Vorschrift des § 181 zu umgehen, oder sonst in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise unter Mißbrauch seiner Vertretungsmacht dahin gewirkt hat, um durch den Abschluß der Verträge dem Vertretenen Schaden zuzufügen. Dann wird ihnen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, sowie des § 826 BGB. das Recht abzusprechen sein, Rechte aus diesen Verträgen herzuleiten.[9]

VI. Abschnitt.

§ 15.

Das Handeln des Untervertreters ohne Vertretungsmacht und dessen Folgen.

Der Unterbevollmächtigte handelt, wenn er als solcher auftritt, kraft und in Ausübung der ihm erteilten Untervollmacht. Das Bestehen einer rechtswirksamen Untervollmacht ist, wie wir sahen, an vier Voraussetzungen geknüpft: an

1. eine rechtswirksame Hauptvollmacht in der Person des Untervollmachtgebers,
2. die Ermächtigung des Hauptvollmachtgebers zur Vornahme einer Unterbevollmächtigung,
3. die Erteilung einer Vollmacht durch den Hauptbevollmächtigten im eigenen Namen,[1]
4. den Bestand der Untervollmacht zur Zeit der Vornahme der Handlung.

Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so besitzt der Untervertreter keine Untervollmacht, mithin auch keine Vertretungsmacht[2] und handelt als falsus procurator.

Ermangelt es an der Hauptvollmacht, so fehlt der Untervollmacht die rechtliche Grundlage; denn der Untervollmachtgeber kann eine Rechtsmacht, die er selbst nicht besitzt, nicht verleihen. Hierunter ist auch der Fall zu rechnen, daß der Hauptbevollmächtigte über den Rahmen seiner eigenen Vertretungsmacht hinaus eine Untervollmacht erteilt. Insoweit die Untervollmacht den Umfang der Hauptvollmacht überschreitet, handelt der Unterbevollmächtigte, sofern er von der ihm erteilten Vollmacht in vollem Umfange Gebrauch macht, ohne Vertretungsmacht. Das Gleiche gilt, wenn der

---

9) Vergl. insbes. RGZ. Bd. 108 S. 405 ff. u. d. dort erwähnte Literatur und Judikatur.

1) Das Handeln im eigenen Namen ist nur eine Voraussetzung der Untervollmacht, nicht der Vertretungsmacht, da diese auch in Form einer Ersatzvollmacht bestehen kann.

2) Abzusehen ist von dem Fall der Ersatzvollmacht.

Hauptbevollmächtigte zwar Hauptvollmacht besitzt, aber keine Ermächtigung zur Erteilung von Untervollmachten erhalten hat, oder wenn er über die Ermächtigung hinausgeht, mag die Untervollmacht sich auch in den Grenzen der Hauptvollmacht halten.[3]

Endlich muß die Untervollmacht auch tatsächlich erteilt sein und muß zur Zeit des Handelns noch bestehen. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so kann ein Auftreten des Untervertreters im Namen des Vertretenen dem Vertretenen gegenüber ohne weiteres keine rechtlichen Folgen hervorrufen; die von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind schwebend unwirksam (vergl. § 177 Abs. 1 BGB., ebenso ZPO. §§ 89 Abs. 2, 551 Ziff. 5, 579 Ziff. 4) und, sofern ein einseitiges Rechtsgeschäft in Frage steht, nichtig, falls derjenige, dem gegenüber es vorzunehmen war, die Vertretungsmacht des Vertreters beanstandet (§ 180 BGB.).[4] Soweit sie schwebend unwirksam sind, kann eine Rekonvaleszenz durch Genehmigung eintreten. Für den Fall der Untervertretung ergibt sich die Frage, wer zu dieser Genehmigung jeweils berechtigt ist, der vertretene Geschäftsherr, der Hauptbevollmächtigte oder aber jeder von beiden. In der Literatur herrscht hierüber Streit. § 177 BGB. macht die Wirksamkeit des von jemandem ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen geschlossenen Vertrages für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung abhängig. Den Vertretenen sollen die Wirkungen der Handlungen des Vertreters ohne Vertretungsmacht, der in seinem Namen auftritt, treffen. Vertreten im juristisch-technischen Sinne ist aber nur der Geschäftsherr. Soweit die von uns abgelehnte Auffassung in dem Unterbevollmächtigten einen Stellvertreter des Hauptbevollmächtigten sieht, muß sie auch entsprechend die Wirksamkeit des schwebend unwirksamen Geschäfts allein von der Genehmigung des Hauptbevollmächtigten abhängig erachten. Dieses Ergebnis steht jedoch im Widerspruch mit dem § 177 BGB., sowie mit der ganzen Stellvertretungslehre. Allerdings stehen auch wir auf dem Standpunkt, daß der Hauptbevollmächtigte in gewissem Umfange die Geschäfte des Untervertreters ohne Vertretungsmacht genehmigen und ihnen somit Wirksamkeit gegenüber dem Geschäftsherrn verschaffen kann. Diese Fähigkeit stützt sich jedoch niemals auf die Annahme, daß er der Vertretene sei, sondern auf seine Hauptvollmacht, in deren Umfang er auch gegen den Willen des Vertretenen genehmi-

3) Bereits im gemeinen Recht galt der Satz, vergl O. F. Schütz Cap. III § 4 Ziff. 1: non omnes procuratores alios substituere posse: sed illos tantum quibis haec substituendi potestas vel expressa constituentis voluntate, vel legis dispositione concessa est.

4) Im gemeinen Rechte sind diese Handlungen des Substituten ohne Vertretungsmacht „ipso iure nulla". Vergl. O. F. Schütz Cap. III § 3 Ziff. 2.

gen kann. Es kann sich also stets nur um solche Fälle handeln, in denen der Hauptbevollmächtigte eine Untervollmacht nicht in dem vollen Umfange der Hauptvollmacht erteilt und der Unterbevollmächtigte seine Vertretungsmacht in der Weise überschritten hat, daß er Geschäfte vornimmt, zu denen seine Untervollmacht zwar nicht ausreichte, zu deren Vornahme der Hauptbevollmächtigte jedoch auf Grund seiner weitergehenden Hauptvollmacht ermächtigt gewesen wäre. Dies beruht darauf, daß der Vertretene dem Hauptbevollmächtigten die Macht verliehen hat, in den Grenzen seiner Vollmacht Rechtsgeschäfte in seinem Namen vorzunehmen. Bedient er sich hierbei eines Dritten, dem er seinerseits Vollmacht erteilt, den Geschäftsherrn zu vertreten, so muß man ihm notwendigerweise die Macht zugestehen, Handlungen des Unterbevollmächtigten, soweit sie in das Bereich der Hauptvollmacht fallen, genehmigen zu können.[5] Der Mangel der Vertretungsmacht in der Person des Unterbevollmächtigten beruht in diesen Fällen gerade darauf, daß der Hauptbevollmächtigte die Untervollmacht nur in beschränktem Umfange im Vergleich zur Hauptvollmacht erteilt hatte, trotzdem es in seiner Macht lag, sie auch für das vom Unterbevollmächtigten vorgenommene Geschäft auszudehnen. Er kann also, solange er Vollmacht hat, jederzeit das Versäumte gewissermaßen nachholen, indem er der Handlung durch Genehmigung die Rechtswirksamkeit verleiht. Dies kann natürlich auch gegen den Willen des Vertretenen geschehen, da die Vollmacht einen absoluten Charakter hat. Der letzte Satz erfährt nur dann eine Durchbrechung, wenn der Kontrahent zur Zeit des Kontrahierens wußte, und der Hauptbevollmächtigte zur Zeit der Genehmigung weiß, daß es dem Willen des Vertretenen nicht entspreche und trotzdem die Handlungen genehmigt.[6] Dies ergibt sich aus dem Wesen der Vollmacht und der Stellvertretung. Der Stellvertreter ist gewissermaßen ein alter ego, der mit Wissen nicht gegen den Willen des Vertretenen handeln darf. Kennt die Person, der gegenüber die Handlungen vorgenommen werden, dies, so können sich die beteiligten Personen nicht auf die Wirkungen ihres arglistigen Verhaltens berufen. Für alle Fälle, in denen die Handlung des Untervertreters ohne Vertretungsmacht soweit ging, daß auch der Hauptbevollmächtigte zu deren Vornahme nicht ermächtigt gewesen wäre, kann nur der Vertretene eine rechtswirksame Genehmigung erteilen. Ob der Hauptbevollmächtigte wenigstens den Teil des Geschäftes genehmigen kann, der in den Bereich seiner Vollmacht fällt, hängt von der Einheit oder der Selbständigkeit der

5) Ebenso Hupka S. 362, Staudinger Anm. 8 zu § 164.

Teile des Geschäftes ab. In der Regel wird eine Einheit vorliegen, sodaß für diese Fälle nur der Geschäftsherr genehmigen kann.[6] Die von uns abgelehnte Auffassung, daß der Unterbevollmächtigte Vertreter des Hauptbevollmächtigten ist, muß zu einem eigenartigen Ergebnis kommen in den Fällen, in denen das Handeln des Unterbevollmächtigten auch die Hauptvollmacht überschreitet. Da der Hauptbevollmächtigte nach dieser Auffassung der Vertretene ist, müßte er auch in der Lage sein, zu genehmigen. Das ist jedoch offensichtlich nicht möglich. Man wird sich also zumindestens für alle Fälle der Ueberschreitung bequemen müssen, den Geschäftsherrn als den Vertretenen anzusehen.

Der Vertreter ohne Vertretungsmacht, das ist allein der Unterbevollmächtigte, der als Stellvertreter des Prinzipals fungiert, haftet gemäß §§ 179 und 180 BGB. selbst dann, wenn seine Machtlosigkeit darauf beruht, daß es an der Hauptvollmacht oder an der Ermächtigung zur Unterbevollmächtigung fehlt. Doch kann er für diese Fälle, wenn er bezüglich dieser Tatsachen in gutem Glauben war, von dem Hauptbevollmächtigten auf Grund des bestehenden Kausalverhältnisses oder unerlaubter Handlung Regreß nehmen.

Für den Geschäftsherrn gilt folgendes: Er braucht grundsätzlich die Erledigung des Geschäfts durch einen zu Unrecht bestellten Untergeschäftsführer nicht als Erfüllung der dem Geschäftsführer obliegenden Verpflichtungen gelten zu lassen. Der Geschäftsführer hat außerdem für jeden durch die unbefugte Uebertragung des Geschäftes, sei es auch nur der Ausführung nach, entstehenden Schaden einzustehen. Hiervon gilt dann eine Ausnahme, wenn die Ausführung des Geschäfts, das der Geschäftsführer durch einen unbefugt bestellten Untergeschäftsführer hat besorgen lassen, sachlich dem Geschäftsführungsvertrage entspricht, und durch die Zuziehung des Dritten die Interessen des Geschäftsherrn nicht geschädigt sind. Denn es würde dann den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, wollte der Geschäftsherr die ihm als Erfüllung angebotene Leistung zurückweisen.[7]

Da es oft zweifelhaft sein wird, ob der Untervertreter Vertretungsmacht besaß, ob z. B. der Hauptbevollmächtigte tatsächlich zur Unterbevollmächtigung ermächtigt war, so wird die Beweisfrage eine besondere Rolle spielen. Beweisfällig ist nach den allge-

---

6) Vergl. RGZ. Bd. 52 S. 96, Bd. 75 S. 301 und Bd. 71 S. 222. Vergl. allgem. Literatur über Vertretung ohne Vertretungsmacht, auf die hier verwiesen wird, insbesondere Enneccerus § 171 I 3.

7) Crome § 253 Anm. 38; Dernburg § 296 Anm. 7; Staudinger § 664, Anm. 2 a; Planck § 664 Anm. 1 b.

meinen Grundsätzen der Stellvertretungslehre für das Vorliegen einer Stellvertretung derjenige, der eine Person in Anspruch nimmt mit der Behauptung, ein anderer habe für sie als Stellvertreter gehandelt. Der Dritte, der mit dem Unterbevollmächtigten kontrahiert, wird also im Streitfalle beweisen müssen, daß die Voraussetzungen der Unterbevollmächtigung vorliegen und, daß das Geschäft sowohl der Haupt- als auch der Untervollmacht entspricht. Für den Fall des § 179 BGB. trägt der Unterbevollmächtigte die Beweislast.[8] Für den Fall, daß die Vorlegung einer Vollmachtsurkunde gesetzlich verlangt wird, wie dies insbesondere im Prozeß und bei der Stellvertretung bei einseitigen Rechtsgeschäften (§ 174 BGB.) erfordert wird, hat der Unterbevollmächtigte Haupt- und Untervollmachtsurkunde nachzuweisen, und außerdem, wenn die Befugnis zur Unterbevollmächtigung nicht auf Gesetz beruht (im Bürgerlichen Recht im Gegensatz zum Prozeßrecht), oder, wenn es sich aus den vorzulegenden Vollmachturkunden nicht ergibt, eine besondere Urkunde über die Ermächtigung zur Unterbevollmächtigung vorzulegen.[9]

VII. Abschnitt.

§ 16.

Kann der Hauptbevollmächtigte mehrere Untervollmachten und der Unterbevollmächtigte weitere Untervollmachten erteilen?

Die Untervollmacht beruht, wie wir bereits des Näheren ausgeführt haben, darauf, daß vom Bevollmächtigten auf Grund der eigenen, ihm durch die Vollmacht zustehenden erweiterten Handlungsmacht (d. i. die Vertretungsmacht) einem Dritten eine Vollmacht erteilt wird, den Geschäftsherrn zu vertreten. Grundsätzlich kann jede Rechtsmacht durch Willenserklärungen die ihnen eigenen rechtlichen Folgen hervorzurufen, einem anderen in dem Umfange eingeräumt werden, wie man sie selbst besitzt und zwar in der Weise, daß der bisherige Inhaber neben dem Erwerber sie in gleichem Maße weiter besitzt. Dies geschieht durch Erteilung einer Vollmacht und, wenn die Rechtsmacht bereits auf einer Vollmacht beruht, durch Erteilung einer Untervollmacht. Da eben das Eigentümliche jeder Vollmacht ist, daß sie dem Bevollmächtigten seine Rechtsmacht darin erweitert, daß er auf Grund dessen Geschäfte für den Vollmachtgeber vornehmen kann, ohne dessen Rechtsmacht in irgend einer Weise zu schmälern,

8) Vergl. Hupka S. 354/55. Hellwig Lehrb. II S. 403.
9) Vergl. Hupka S. 355.

so ist der Vollmachtgeber auch weiterhin in der Lage, nach Belieben neue Vollmachten von gleichem Inhalt und Umfang zu erteilen. Dasselbe gilt für die Untervollmacht. Auch der Bevollmächtigte entäußert sich durch eine Unterbevollmächtigung keineswegs der Vertretungsmacht. Er kann also grundsätzlich, solange seine Vollmacht nicht erloschen ist, wie z. B. durch Vornahme der Handlungen, zu denen die Vollmacht ermächtigte, seitens des Unterbevollmächtigten, beliebig weitere Untervollmachten erteilen innerhalb seiner Vertretungsmacht, wenn er nur zur Unterbevollmächtigung ermächtigt ist. Allerdings kann dies dem Bevollmächtigten vom Geschäftsherrn in gewissen Fällen ausnahmsweise nicht gestattet sein, entweder wenn es ihm ausdrücklich untersagt worden ist, mehrere Untervollmachten zu erteilen, oder wenn die konkreten Verhältnisse eindeutig und offensichtlich darauf hinweisen, daß dies dem Willen des Hauptvollmachtgebers nicht entspricht; wenn z. B. der Vollmachtgeber den Bevollmächtigten ermächtigt für den Fall, daß der Bevollmächtigte von seiner Befugnis Gebrauch mache, nur einer ganz bestimmten Person Untervollmacht zu erteilen. In allen übrigen Fällen kann der Bevollmächtigte in beliebiger Weise mehrere Untervollmachten erteilen.

Die Entscheidung der Frage, ob der Unterbevollmächtigte seinerseits auf Grund seiner Untervollmacht weitere Vollmachten erteilen könne, beruht auf denselben Erwägungen wie die, ob und wann der Bevollmächtigte eine Untervollmacht erteilen kann. Ausschlaggebend wird hier der Wille des Bevollmächtigten sein. Der Hauptvollmachtgeber wird sich im Zweifel schon dadurch einverstanden erklären, daß er in eine Unterbevollmächtigung einwilligt, doch kann er auch eine weitere Bevollmächtigung durch den Unterbevollmächtigten ausdrücklich versagen.

Der Unterbevollmächtigte bedarf also zu einer weiteren Bevollmächtigung eines Dritten, der Einwilligung des Hauptbevollmächtigten, die ausdrücklich oder stillschweigend erklärt sein kann. Wann und wieweit diese Befugnis dem Unterbevollmächtigten zuzusprechen ist, ergibt sich aus den früheren Erörterungen, die entsprechend anzuwenden sind.

Für das Gebiet des Zivilprozesses gelten diese Erörterungen infolge Spezialregelung nicht.

VIII. Abschnitt.

§ 17.

Welche Rechtsbeziehungen bestehen zwischen den beteiligten Personen?

Als Ergebnis früherer Betrachtungen dürfen wir als feststehend vorausschicken, daß die Untervollmacht vom Hauptbevollmächtigten im eigenen Namen erteilt wird, sie aber zu Stellvertretungsgeschäften gegenüber dem Geschäftsherrn ermächtigt und ferner, daß der Hauptbevollmächtigte, soweit er zu dem Vollmachtgeber in einem Geschäftsführungsverhältnis steht und dessen Ausführung dem Unterbevollmächtigten überträgt, dieses durch einen neuen Geschäftsführungsvertrag mit dem Unterbevollmächtigten erfolgt.

Die Unterbevollmächtigung betrifft das Außenverhältnis. Sie verleiht dem Unterbevollmächtigten lediglich die Macht, den Geschäftsherrn nach außen hin rechtswirksam zu vertreten. Hiermit tritt der Unterbevollmächtigte noch in keiner Weise in obligatorische Beziehungen, sei es zu dem Untervollmachtgeber oder zu dem Vertretenen. Im Innenverhältnis hat er weder eine Befugnis, noch eine Pflicht zum Handeln, wenngleich sein Handeln im Rahmen seiner Vertretungsmacht trotz der fehlenden Befugnis nach außen hin für den Vertretenen rechtsverbindlich ist. Damit nun der bevollmächtigte Geschäftsführer, der sich des Unterbevollmächtigten zur Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeit dem Geschäftsherrn gegenüber bedienen will, auch einen obligatorischen Anspruch auf die Ausführung der Geschäftsbesorgung hat, schließt er mit dem Unterbevollmächtigten oder mit der Person, der er erst nachträglich Untervollmacht erteilen will, einen Geschäftsführungsvertrag, durch den der Unterbevollmächtigte dem Hauptbevollmächtigten gegenüber verpflichtet und berechtigt wird, die Geschäftsbesorgung vorzunehmen. Dem Außenverhältnis entspricht regelmäßig das Innenverhältnis, der personrechtlichen Untervollmacht der obligatorische Geschäftsbesorgungsvertrag. In den Fällen der Unterbevollmächtigung, d. h. also in denen der Hauptbevollmächtigte eine Vollmacht zur Ausführung von Geschäften, zu deren Vornahme er selbst auf Grund der Hauptvollmacht ermächtigt ist, im eigenen Namen erteilt, wird auch der Geschäftsführungsvertrag von dem Hauptbevollmächtigten stets im eigenen Namen geschlossen. Als Folge ergibt sich, daß der unterbevollmächtigte Untergeschäftsführer nur zu dem hauptbevollmächtigten Geschäftsfüh-

rer in vertraglichen Beziehungen steht. Die aus dem Untergeschäftsführungsvertrage entspringenden Rechte und Verpflichtungen entstehen nur zwischen dem Geschäftsführer und dem Untergeschäftsführer. Deshalb pflichten wir Hupka[1] bei, wenn er sagt: „Der erstere (Substituent) kann also aus eigenem Recht vom Substituten ordnungsmäßige Gestion, Rechnungslegung, Restitution etc. verlangen, wie er andererseits persönlich verpflichtet ist, dem Substituten den Lohn und den Ersatz von Aufwendungen und Schäden zu leisten. Dem Untergeschäftsführer gegenüber ist der Geschäftsführer allein der Geschäftsherr, nach dessen Instruktionen er zu handeln hat."

Im gemeinen Rechte erfolgte die Bestellung eines Substituten, wie O.F. Schütz ausführt „procuratorio nomine"[2] Der procurator principalis hatte gegen den procurator substitutus jedoch eine directa actio mandati.[3] Dagegen haftete der substitutus dem substitutus nicht für „expansas et salarium", weil die Bestellung des Substituten „procuratorio nomine"[2] erfolgte.[4]

Im heutigen Recht ist, wie wir sahen, vieles wesentlich anders. Doch auch nach dem BGB. ist dem Geschäftsführer, wenn auch nicht auf einem Umwege, wie im gemeinen Recht ein klagbarer Anspruch gegen den Untergeschäftsführer auf ordnungsmäßige Ausführung des Untergeschäftsführungsvertrages zuzusprechen. Denn der Untergeschäftsführer tritt zu ihm allein in ein Vertragsverhältnis. Daneben besteht selbständig weiter das Geschäftsführungsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer. Der Untergeschäftsführungsvertrag übt auf das zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten bestehende Kausalverhältnis keine Wirkung aus. Da, wie wir früher darlegten, auch die Vollmacht des Bevollmächtigten weiter bestehen bleibt, so nimmt er dem Geschäftsherrn gegenüber genau dieselbe Stellung wie zur Zeit ein, als eine Unterbevollmächtigung und ein Untergeschäftsführungsvertrag nicht bestand.[5] Zu einer anderen Auffassung gelangen diejenigen, die in der Unterbevollmächtigung und in dem Abschluß eines Geschäftsführungsvertrages Stellvertretungsakte sehen; ferner auch alle die-

1) Vergl. Hupka S. 305.

2) Schütz aaO. Cap. V § 4 Ziff. 2 ff.

3) Schütz aaO. Cap. V § 2 Ziff. 2: Ex hac autem per substitutionem facta administrationis translatione ipsi substituenti adversus substitutum directa mandati actio; ad consequendum illud, ad quod substitutus abligatus est, competit. Quamvis enim procurator primus esse videatur; quia ipse tamen Domino negotiorum actione mandati directa tenetur, et sic eius per indirectum interest, negotia a substituto diligenter et fideliter administrari, proinde ipse quoque contra substitutum directam mandati habet actionem.

4) O. F. Schütz Cap. V § 2 Ziff. 3 ff.

5) Vergl. Engelmann in Staudingers Komm. Anm. 2 zu § 664 Oertmann II Anm. zu § 664, Motive Bd. II S. 532; auch O. F. Schütz aaO. Cap. V § 3.

jenigen, die in einer ordnungsmäßigen Uebertragung der Ausführung des Geschäftsführungsvertrages die Erfüllung der dem Geschäftsherrn gegenüber bestehenden Geschäftsführungspflicht sehen.[6] Diese Ansicht wird auf § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB. gestützt, unseres Erachtens jedoch nicht mit Recht, da diese Bestimmung zu derartigen Folgerungen keinen Anlaß gibt. § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB. besagt lediglich, daß der Beauftragte bei einer Unterbeauftragung, sofern sie gestattet war, lediglich ein ihm bei der Uebertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten habe. Bestände diese ausdrückliche Vorschrift nicht, so würde sich die Haftung für den Unterbeauftragten nach § 278 BGB. bestimmen, da sich der Beauftragte des Unterbeauftragten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. § 664 Abs. 1 Satz 2 enthält also eine Spezialbestimmung, die den Umfang der Haftung des Beauftragten für die Ausführung des Auftrages durch den Unterbeauftragten innerhalb dem zwischen ihm und dem Auftraggeber bestehenden Auftrages regeln will. Die Geschäftsführungspflicht erlischt nicht durch die Erfüllung des Beauftragten, sondern bleibt fortbestehen.[7] Der dem Beauftragten erteilte Auftrag ist auf Ausführung und nicht auf Bestellung eines Unterbeauftragten gerichtet. Mit dessen Bestellung kann, soweit es nicht eine befugterweise erfolgte Ersatzbestellung ist, niemals der Auftrag erfüllt werden. Der Beauftragte kann sich lediglich für den Fall, daß der Unterbevollmächtigte nicht ordnungsmäßig seinen Unterauftrag erfüllt, durch den Nachweis ordnungsmäßiger Auswahl exculpieren.

Daran ändert auch nichts, wenn das Reichsgericht im 78. Bande S. 313 behauptet, die Geschäftsführungspflicht sei durch Erfüllung erloschen, wenn er die Ausführung des Geschäfts mit Erlaubnis des Vertragsgegners auf einen Dritten übertrage. Man braucht dieser Behauptung nur folgende zwei Sätze derselben Entscheidung, (S. 312) entgegenzuhalten, um die Unhaltbarkeit und den Widerspruch dieser Darlegungen aufzudecken: „Der Tatbestand des Satzes 2 (§ 664 Abs. 1 BGB.) ist keinesfalls nur in dem Fall verwirklicht, wenn der Beauftragte den Vertrag mit dem Dritten (Unterbevollmächtigten) im Namen des Auftraggebers abschließt, hierdurch ein

6) Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II, 2, Seite 625; Dernburg Bd. II § 296; Enneccerus Bd. II, 2, Seite 475, Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 605 Ziff. 5; Götz aaO. S. 11, 21.

7) Vergl. Protokolle Bd. II S. 355 ff., Planck Bd. II Anm. 1 d zu § 664: „Der Beauftragte bleibt auch, wenn er befugterweise einen Substituten bestellt hat, für die Ausführung des Auftrages verantwortlich“. Warneyer Komm. Anm. 1 zu § 664. Oertmann Bd. II Anm. 8 zu § 664. Staudinger Bd. II Anm. 2 zu § 664.

A. A.: Crome, Bd. II 2 Seite 62 5; Dernburg II, 2 S. 450; Enneccerus Bd. II 2 S. 475; Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 605 Ziff. 5, Killy aaO. S. 42 ff

Rechtsverhältnis zwischen den beiden ins Leben ruft und für seine Person aus jedem Verhältnis zum Auftraggeber ausscheidet. Daß ein Beauftragter, dessen Vertrag beendet ist, für Versehen seines Nachfolgers nicht haftet, ist eine Selbstverständlichkeit, die der Hervorhebung des Gesetzes nicht bedurft haben würde." In dem ersten Satze liegt ein offenes Eingeständnis, daß der Beauftragte für den Fall eines Untergeschäftsführungsvertrages, d. h. wenn er den Unterbeauftragten im eigenen Namen bestellt, für seine Person nicht aus jedem Verhältnis zum Auftraggeber ausscheide. Der zweite ist eine Bekräftigung des ersten und steht außerdem mit der Behauptung, daß die Geschäftsführungspflicht, mithin auch der Auftrag mit der Uebertragung der Ausführung erloschen sei, in Verbindung mit dem § 664 Abs. 1 Satz 2 in Widerspruch. Unwillkürlich drängt sich die Frage auf, wie es wohl möglich sein könne, daß das Gesetz, trotzdem der Beauftragte bereits den Vertrag erfüllt habe, ausdrücklich noch die Haftung des Beauftragten für Versehen des Unterbeauftragten ausschließe. Einen anderen Weg aus diesem Dilemna gibt es nicht, als daß man diese irrige Auffassung, die dem Wortlaut und Sinne des Gesetzes nicht gerecht werden kann, verläßt. Die Vorschrift des § 664 Abs. 1 Satz 2 kann also nur die Bedeutung haben, daß der Beauftragte, der den Dritten im eigenen Namen bestellt und im Auftragsverhältnis zum Auftraggeber verbleibt, da er den Auftrag durch die bloße Uebertragung noch nicht erfüllt hat, nur für culpa in eligendo haftet, sofern ihm die Uebertragung der Ausführung gestattet war.

Eine weitere strittige Frage ist die, ob man den Satz 2 des § 664 BGB. auf alle Geschäftsführungsverhältnisse anwenden könne, insbesondere auf den Dienst- und Werkvertrag. § 675, der die meisten der Vorschriften über den Auftrag für Dienst- und Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, für anwendbar erklären, läßt den § 664 bewußt in der Aufzählung der Normen, die anwendbar sind, aus. Dies ist das Hauptargument der Ansicht, die die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auch auf andere Geschäftsführungsverhältnisse ablehnt.[8] Weiter wird gewöhnlich angeführt, die Sonderregelung der Haftung bei Bestellung eines Unterbeauftragten sei durchaus angebracht, da der Auftrag ein unentgeltliches Geschäft sei, die Haftung mithin nicht soweit gehen dürfe, wie bei entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträgen. Diese Ansicht hat viel für sich. Man wird sich aber auch den Ausführungen der entgegengesetzten Auf-

8) Vergl. Hupka S. 362, Anm. 1; Staudinger Bd. II Anm. 5 zu § 675; Haas aaO. S. 158 f.
A. A.: vor allem RGZ. 78. Bd. S. 313, RG. im „Recht" 1912 Nr. 1166.

fassung nicht verschließen können, die eine analoge, sinngemäße Anwendung der Vorschrift auf alle Geschäftsbesorgungsverhältnisse fordert. In der Tat wird man oft genug allein in der Erlaubnis, die Ausführung der Geschäftsbesorgung einem Dritten zu übertragen eine Beschränkung der Haftung für culpa in eligendoet instruendo erblicken können. Man wird für diese Fälle sogar den § 664 Abs 1 Satz 2 als Dispositivvorschrift sinngemäß anwenden können. Doch stimmen wir dem Reichsgericht, das in der erwähnten Entscheidung im 78. Bande S. 313 ausführt, es liege in der Natur der Sache, daß Geschäftsbesorger aller Art, sobald sie die Geschäftsführung in ihrer Gesamtheit mit Erlaubnis des Vertragsgegners auf einen Dritten übertragen haben und hierbei mit der gebotenen Sorgfalt vorgegangen sind, für Fehler des neuen Geschäftsführers nicht mehr einstehen, nicht zu. Wir sehen im Satz 2 des § 664 BGB. auch für den Auftrag lediglich eine Dispositivvorschrift.[9] Für den Fall, daß die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart haben, daß der Beauftragte auch weiterhin eine gewisse Garantie für ordnungsmäßige Ausführung übernommen hat, haftet er in vollem Umfange weiter. Das dürfte regelmäßig der Fall sein, da der Beauftragte sich des Dritten nur zur Ausführung seiner Gestionspflicht bedient. Die Erlaubnis wird also in den meisten Fällen nur ein Entgegenkommen des Auftraggebers sein, um unbillige Härten zu vermeiden. Man wird nicht in allen Fällen darin eine Beschränkung der Haftung nur für culpa in eligendo sehen können. Im Gegenteil, es wird oft genug deutlich aus den Umständen hervorgehen, daß der Auftraggeber zwar dem Beauftragten nur in dessen Interesse die Erlaubnis erteilt, sich aber seiner Rechte auf ordnungsgemäße Ausführung des Auftrages gegenüber dem vielleicht gutsituierten Beauftragten nicht begeben will. Eine andere Auslegung kann eine befriedigende Lösung nicht herbeiführen. Von diesem Gedanken scheint auch das Reichsgericht in der erwähnten Entscheidung ausgegangen zu sein. Es verhilft dem Auftraggeber zu seinem Rechte, allerdings auf Grund einer anderen Konstruktion, die wir nicht billigen, da sie uns als gewaltsame Auslegung des Gesetzes unrichtig erscheint. Es führt die weitere Haftung auf vertragliche Nebenabmachungen zurück, die neben dem Auftrag fortbestehen und aus denen sich Verpflichtungen ergeben, wie z. B. Kontrollpflicht und die Pflicht zur Abtretung von Ansprüchen. Es gelangt also auf Grund einer andern Konstruktion zu dem selben Ergebnis. Im konkreten Falle kann jedoch der Auf-

9) In ähnlicher Weise Planck Bd. II Anm. 1 c Abs. 2 zu § 664. Wir treten ihm jedoch nicht darin bei, daß der Beauftragte bei erlaubter Uebertragung der Ausführung ganz ausscheide.

traggeber hierdurch erheblich schlechter gestellt sein, da ein Beweis der Nebenverpflichtungen bedeutend erschwert ist. Diese Schlechterstellung des Beauftragten läßt sich aber nicht aus dem Gesetz herauslesen.

Als Ergebnis unserer Untersuchungen über die Auslegung des § 664 halten wir fest:

1. Der Beauftragte verbleibt stets, soweit es sich um die Bestellung eines Unterbeauftragten (im Gegensatz zur Ersatzperson) handelt, Beauftragter des Auftraggebers bis zur Erfüllung durch den Unterbeauftragten.
2. § 664 Abs. 1 Satz 2 ist sinngemäß auf alle Geschäftsführungsverhältnisse anwendbar.
3. § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB. ist eine Dispositivvorschrift und kommt nicht zur Anwendung, soweit etwas anderes vereinbart ist.

Es bleibt nur noch zu untersuchen, ob und gegebenenfalls welche rechtlichen Beziehungen zwischen dem Geschäftsherrn und dem Untergeschäftsführer bestehen. Wir haben früher nachgewiesen, daß der Geschäftsführer im eigenen Namen mit dem Untergeschäftsführer den Geschäftsbesorgungsvertrag schließt und in gleicher Weise Untervollmacht erteilt. Daraus ergibt sich, daß der Unterbevollmächtigte Untergeschäftsführer weder in einem Vollmachts- noch in einem Vertragsverhältnis zum Geschäftsherrn steht. Das BGB. kennt eine ausdrückliche Vorschrift, die das Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Unterbeauftragten regelt, nicht. Ein dahingehender Antrag der 2. Kommission ist abgelehnt worden.[10] Die Entscheidung dieser Fälle sollte die Praxis nach allgemeinen Grundsätzen treffen. Im gemeinen Recht half man sich damit, daß man dem Mandanten gegen den Substituten eine actio mandati directa utitis[11] gab, in neuerer Zeit suchte man dasselbe durch eine cessio ficta zu erreichen.[12] Für das heutige Recht kommt jedoch eine cessio ficta nicht in Betracht, da dieses Institut dem BGB. unbekannt ist.

In erster Linie wird der § 667 BGB. dem Geschäftsherrn ein Mittel in die Hand geben, direkte Ansprüche gegen den Untergeschäftsführer zu erlangen, da der Beauftragte auf Grund dieser Vorschrift verpflichtet ist, die ihm gegen den Dritten erwachsenen Ansprüche dem Auftraggeber abzutreten. Außerdem kann der Auftraggeber vom Beauftragten jederzeit Auskunft und Rechenschaft

10) Vergl. Protokolle II. Bd. S. 354 ff.
11) Schütz aaO. Cap. V § 4.
12) So z. B. Sächs. BGB. § 1308.

verlangen.[13] Vor allem aber wird, wie es heut allgemein anerkannt ist[14], in den meisten Fällen seitens des Unterbeauftragten eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen. (§§ 677 ff. BGB.). Denn das Geschäft, das der Untergeschäftsführer vornimmt, bleibt materiell ein fremdes; wenn er auch auf Veranlassung des Geschäftsführers handelt, so wird er doch stets im Hinblick auf den Geschäftsherrn handeln. Koch[15] lehnt diese Auffassung ab mit der Begründung, daß der Substitut lediglich auf Grund des Auftrages seines Machtgebers gehandelt und nicht fremde Geschäfte ohne Auftrag besorgt habe. Demgegenüber ist festzustellen, daß gemäß §§ 677 BGB. eine Geschäftsführung ohne Auftrag dem Geschäftsherrn gegenüber nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil der auftraglose Geschäftsführer einem Dritten gegenüber zur Ausführung dieser Geschäfte verpflichtet ist, wenn nur der Geschäftsherr auf Vornahme des Geschäfts keinen Anspruch hatte. „Aus diesem Verhältnis kann also der Prinzipal", wie Hupka[16] mit Recht ausführt, „dem Substituten wegen Verschuldens bei der Geschäftsführung, wegen Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten, wegen Rechnungslegung unmittelbar, nicht bloß mit der zedierten Klage des Substituenten in Anspruch nehmen, und es hat andererseits der Substitut, sofern seine Bestellung und damit die Geschäftsführung selbst eine befugte war, einen direkten Anspruch gegen den Geschäftsherrn auf Ersatz seiner Verwendungen". Daneben haftet der Geschäftsführer dem Prinzipal stets für culpa in eligendo gemäß § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB. und, wenn die Haftung laut Vereinbarung nicht in dieser Weise beschränkt worden ist, dann in vollem Umfange gemäß § 278 BGB.[17] Dem Untergeschäftsführer stehen Lohn- und Honoraransprüche allein gegen seinen Besteller, den Geschäftsführer, zu. Für den Fall, daß der bevollmächtigte Geschäftsführer zur Bestellung eines unterbevollmächtigten Geschäftsführers nicht befugt gewesen ist, so stehen gemäß § 683 BGB. dem Untergeschäftsführer gegen den Geschäftsherrn keine Ansprüche auf Ersatz seiner Aufwendungen zu, weil die Geschäftsführung dem Willen des Prinzipals widersprach. Dies wird besonders für den „Vertreter" des Prozeßrechts von Wichtigkeit sein,

13) Insbes. RGZ. 78. Bd. S. 312 ff.; Protokolle II. Bd. S. 356 f. Warneyer Komm. Anm. 1 zu § 664; Staudinger Anm. 8 zu § 664; Jacubetzky S. 142 u. a. m.

14) RGZ. Komm. Anm. 3 zu § 664. Lehnerdt aaO. S. 13; Hupka S. 361—62 und die dort zitierte Literatur, Glück, Pandekten Bd. 15 S. 261.

15) C. F. Koch, Das allgemeine Landrecht, Komm. i. Anm. (1886) Bd. II S. 160 Anm. 26.

16) Hupka S. 361—62.

17) Vergl. Hupka S. 362 Anm. 1, der § 278 für Dienst- und Werkverträge gelten läßt. Vergl. auch Planck Bd. II Anm. 1 c zu § 664, der auch für den Auftrag erweiterte Haftung nach Vereinbarung zuläßt.

da dieser auch ohne Ermächtigung seitens des Prinzipals Untervollmacht erlangen kann. (§ 81 ZPO.)

IX. Abschnitt.

§ 18.

Das Erlöschen der Untervollmacht.

Die Gründe für das Erlöschen der Untervollmacht können allgemeiner und besonderer Art sein, d. h. sie ergeben sich entweder aus den allgemeinen Grundsätzen über die Vollmacht, oder aus der besonderen Natur der Untervollmacht.

Demnach erlischt die Untervollmacht in gleicher Weise wie die Vollmacht durch Erfüllung seitens des Unterbevollmächtigten, wenn sie für bestimmte Rechtsgeschäfte erteilt war, durch Zeitablauf, wenn sie zeitlich begrenzt war und durch unmöglich werdende Erfüllung mit dem Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit. Dieses ist z. B. der Fall, wenn bereits das Rechtsgeschäft, für das sie erteilt war, durch einen anderen, sei es durch den Geschäftsherrn oder den Bevollmächtigten, ausgeführt worden ist.[1]

Ferner ergeben sich allgemeine Gründe aus § 168 BGB. Das Erlöschen der Untervollmacht richtet sich nach dem zugrundeliegenden Kausalverhältnis, das zwischen dem Hauptbevollmächtigten und dem Unterbevollmächtigten besteht. Ist der Widerruf nicht ausgeschlossen, so kann sie jederzeit vom Vollmachtgeber, d. i. der Hauptbevollmächtigte, frei widerrufen werden. Auch der Tod des Unterbevollmächtigten setzt der Untervollmacht ein Ziel. Dies folgt aus dem persönlichen Charakter der Vollmacht. Sie ist lediglich eine formale Rechtsposition, die im Gegensatz zu Vermögensrechten nicht vererblich ist.[2] Weiterhin geht das auch aus § 168 hervor, da durch den Tod regelmäßig die Geschäftsbesorgungsverhältnisse beendet werden. (Vergl. §§ 673 und 675 BGB.) Freilich kann der Vollmachtgeber eine abweichende Regelung treffen, da die Vollmachtserteilung als einseitiges Rechtsgeschäft frei in sein Belieben gestellt ist und der Satz „nemo invitus fit procurator“[3] keine Geltung mehr hat.

Die besonderen Gründe für das Erlöschen der Untervollmacht bestehen darin, daß nicht direkt ihr ein Ziel gesetzt wird, wie bei jeder anderen Vollmacht, sondern daß es indirekt getan wird, indem

1) Für das gemeine Recht ebenso O. F. Schütz aaO. Cap. VI § 4.
2) Vergl. Staudinger Anm. 4 zu § 168.
3) O. F. Schütz Cap. II § 1 Ziff. 2, über den Einfluß des Todes des Substituten s. Cap. VI § 3 Ziff. 1.

ihr der Boden, die Voraussetzung, d. i. die Hauptvollmacht, entzogen wird. Wir haben früher dargelegt, daß das Bestehen einer Hauptvollmacht die Voraussetzung für die Erteilung einer Untervollmacht ist. Doch nicht nur für das Entstehen, sondern auch für den Bestand, das Fortbestehen der Untervollmacht, ist sie Voraussetzung. Diese völlige Abhängigkeit folgt daraus, daß der Unterbevollmächtigte lediglich im Interesse des Bevollmächtigten bestellt ist und die Untervollmacht im Hinblick auf die Hauptvollmacht erteilt ist. Es liegt in der Natur der Sache, daß der Bevollmächtigte im eigenen Namen Untervollmacht einem Dritten nur für die Dauer, für die er selbst Vollmacht besitzt, erteilen kann. Er kann dem Geschäftsherrn keinen ständigen Stellvertreter bestellen. Damit würde man dem Geschäftsherrn, der zu dem Unterbevollmächtigten in keinem direkten Vollmachtsverhältnis steht, jede Möglichkeit nehmen, die Untervollmacht zu beenden. Die Ermächtigung des Geschäftsherrn wird auch regelmäßig dahin gehen, dem Dritten nur für die Dauer der Hauptvollmacht Untervollmacht zu erteilen. Der Fall, daß eine Untervollmacht fortbesteht, auch wenn der Vollmachtgeber seine Geschäftsfähigkeit verliert, ist wesentlich anders gelagert, da sie auch dann nicht gegen den Willen des Vollmachtgebers fortbesteht und außerdem der gesetzliche Vertreter die Rechte des geschäftsunfähigen Vollmachtgebers wahrnehmen kann.

Erlischt also aus irgend einem Grunde die Hauptvollmacht,[4] sei es infolge des Todes des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten, oder Widerrufs, so erlischt auch ohne weiteres die Untervollmacht. Allerdings wird man für die Fälle, in denen das Erlöschen der Hauptvollmacht auf den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Bevollmächtigten zurückführt, dann anders entscheiden müssen, wenn der Hauptvollmachtgeber für diese Fälle dem Fortbestande zugestimmt hat. In dieser Zustimmung ist dann ein direkter Bestellungsakt des Vollmachtgebers zu sehen für den Fall des Eintritts dieser Umstände. Der Unterbevollmächtigte wird dann also direkter Bevollmächtigter des Vollmachtgebers.

Anderer Ansicht müssen natürlich diejenigen sein, die in der Bestellung eines Unterbevollmächtigten einen Stellvertretungsakt sehen. Denn der Ersatzbevollmächtigte ist direkter Stellvertreter des Vollmachtgebers.

Für den Fall, daß ein Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag, oder ein Gesellschaftsvertrag vorliegt, erhebt sich die Frage, ob die

4) Hier greifen die allgemeinen Gründe für das Erlöschen einer Vollmacht Platz. Es erübrigt sich mithin ein näheres Eingehen; es wird hiermit auf die allgem. Literatur verwiesen.

Untervollmacht trotzdem sie infolge Beendigung der Hauptvollmacht erloschen ist, für gewisse Fälle gemäß §§ 674, 675, 729, 169 BGB. als fortbestehend gelten kann. Ohne Zweifel gilt sie stets dann als fortbestehend, solange der bevollmächtigte Geschäftsführer von der Beendigung des Kausalverhältnisses keine Kenntnis hat. Hat jedoch der Unterbevollmächtigte bereits Kenntnis erlangt, dann braucht der Prinzipal das vom Unterbevollmächtigten vorgenommene Geschäft nicht gegen sich gelten zu lassen. Denn wenn die Untervollmacht, die infolge der Abhängigkeit von der Hauptvollmacht ebenso lange, wie diese als fortbestehend gelten muß, so kann dennoch der Geschäftsherr dem Unterbevollmächtigten, der ihn vertritt und genau so wie der Bevollmächtigte seine Interessen wahrnehmen soll, die exceptio doli generalis entgegenhalten. Zu Gunsten des Unterbevollmächtigten gilt jedoch die Vollmacht niemals als fortbestehend. Wenn sich der Bevollmächtigte gegenüber dem Prinzipal eines Unterbevollmächtigten bedient, so ist das seine Angelegenheit. Er hat auch dafür zu sorgen, daß dieser von dem Erlöschen der Hauptvollmacht und somit auch der Untervollmacht rechtzeitig Kenntnis erhält. Die Schutzvorschriften gelten nur gegenüber den von dem Geschäftsherrn unmittelbar beauftragten bezw. bevollmächtigten Personen. Wollte man ein Fortbestehen fungieren, so könnte der Prinzipal für den Fall, daß mehrere Untervollmachten neben- oder gar hintereinander erteilt worden sind, nie sicher vor einer weiteren Inanspruchnahme sein. Lediglich das Geschäftsführungsverhältnis wird als fortbestehend gelten gegenüber dem Untervollmachtgeber zugunsten des Unterbevollmächtigten, jedoch niemals die Untervollmacht gegenüber dem Geschäftsherrn. Daraus geht hervor, daß der Unterbevollmächtigte in diesen Fällen als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat. Es treffen ihn also alle sich hieraus ergebenden Folgen. Der Hauptbevollmächtigte ist ihm jedoch auf Grund des fortbestehenden Auftrages regreßpflichtig.

X. Abschnitt.

Besonderheiten der Untervollmacht für den Prozeß.

Besonderheiten der Untervollmacht für den Prozeß.

Wenn wir die Untervollmacht des Zivilrechts eingehend behandelt haben, so taten wir es deshalb, weil die Untervollmacht des Zivilrechts und die des Prozeßrechts nahezu wesensgleich sind. Der

einzige Unterschied ist formaler Natur und besteht darin, daß die Untervollmacht des Zivilrechts zu Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen, die Untervollmacht des Prozeßrechts dagegen zu Prozeßhandlungen ermächtigt.[1] Wir werden daher im wesentlichen auf die früheren Darlegungen Bezug nehmen können und nur auf die Besonderheiten kurz einzugehen brauchen. Eine weitere Rechtfertigung für eine kurze Behandlung ergibt sich aus der Tatsache, daß unsere Auffassung in der Prozeßliteratur bereits anerkannt ist und mit einigen Ausnahmen als herrschende Lehre bezeichnet werden kann. Die besonderen Vorschriften für das Prozeßrecht sind in den §§ 81 ff. 176 ZPO. und den §§ 19 und 25 ff. der RAO. enthalten.

§ 81 ZPO. ermächtigt den Prozeßbevollmächtigten u. a. zur Bestellung eines Vertreters, sowie eines Prozeßbevollmächtigten für die höheren Instanzen. Diese beiden Begriffe „Vertreter“ und „Bevollmächtigter für die höheren Instanzen“ stellt das Gesetz in bewußten Gegensatz. Der Prozeßbevollmächtigte für die höheren Instanzen wird von dem Prozeßbevollmächtigten im Namen der Partei bestellt. Er wird hierdurch direkter Bevollmächtigter der Partei. Sie allein kann seine Vollmacht widerrufen. Sein Tod allein unterbricht das Verfahren. Er tritt auch unmittelbar in ein Geschäftsführungsverhältnis zur Partei, gegen die ihm allein Gebührenansprüche zustehen. Er ist Unterbevollmächtigter des Prozeßbevollmächtigten und kann von diesem nur für solche Handlungen bestellt werden, für die er selbst Prozeßvollmacht besitzt. Er wird von dem Prozeßbevollmächtigten im eigenen Namen zu seiner Entlastung bestellt. Der Vertreter kann von dem Prozeßbevollmächtigten also nur für die Instanz bestellt werden, für die er selbst zugelassen ist und zwar nur in der Weise, daß er ihm Untervollmacht erteilt, er selbst jedoch Prozeßbevollmächtigter bleibt.

Da der Prozeßbevollmächtigte für die höheren Instanzen im Namen der Partei bestellt wird, mithin die Bestellung ein Stellvertretungsakt ist, liegt hier keine Unterbevollmächtigung, sondern Ersatzbevollmächtigung vor.[2] Insoweit scheidet er also aus unseren Erörterungen aus.

§ 19.

Die Bestellung eines „Vertreters“ erfolgt durch Erteilung einer Untervollmacht.

Wir werden im folgenden nachzuweisen haben, daß die Bestellung eines Vertreters durch Erteilung einer neuen Vollmacht im

1) Vergl. Einzelheiten Abschn. 4 dieser Arbeit.
2) Allgemein herrschende Ansicht.

Namen des Prozeßbevollmächtigten zur Stellvertretung der Partei erfolgt.

Die herrschende Lehre[1] steht auf dem Standpunkte, daß die gesetzliche Ermächtigung zur Bestellung eines Vertreters nicht dahin gehe, daß der Prozeßbevollmächtigte seine Prozeßvollmacht auf einen andern dergestalt übertragen könne, daß er selbst aufhöre, Prozeßbevollmächtigter zu sein und der von ihm Bevollmächtigte an seiner Statt in ein Vollmachtsverhältnis zur Partei tritt. Zu einer solchen Erweiterung seiner Macht liegt auch gar keine Veranlassung vor; denn die Partei hat für diese Instanz gerade ihn gewählt und muß darauf rechnen können, daß er Prozeßbevollmächtigter bleibt, Freilich kann der Prozeßbevollmächtigte mit dem Einverständnis der Partei die Prozeßvollmacht auch auf einen Dritten übertragen. Der Dritte ist jedoch dann nicht Vertreter im Sinne des § 81 ZPO., sondern direkter Prozeßbevollmächtigter der Partei.

Auch die Bestellung eines Generalsubstituten ist keine Uebertragung der Prozeßvollmacht. Der Besteller bleibt weiterhin Prozeßbevollmächtigter der Partei und ist in der Lage, neben dem Generalsubstituten tätig zu werden. Mit Recht führt daher Friedländer[2] aus, daß die betreffenden Rechtshandlungen durchaus gültig seien, wenngleich das Tätigwerden des Prozeßbevollmächtigten neben dem Generalsubstituten meist gegen die Standeswürde verstoßen werde. Die Behauptung von Petersen-Anger[3] und Struckmann-Koch[4], der Generalsubstitut trete für die Instanz ganz an die Stelle des Prozeßbevollmächtigten und ersetze diesen völlig, ist unbegründet und hat in den §§ 25 und 29 RAO. keinen Halt.

Der Prozeßbevollmächtigte erteilt mithin dem Vertreter eine neue Vollmacht und zwar in seinem eigenen Namen. Letzteres geht ebenso, wie beim Unterbevollmächtigten im Zivilrecht daraus hervor, daß der Prozeßbevollmächtigte auch weiterhin der einzige Bevollmächtigte der Partei bleibt, der Vertreter dagegen nur anstelle des Prozeßbevollmächtigten auftritt, um für diesen dessen Pflichten wahrzunehmen. Zu diesem Zwecke erhält er von dem Prozeßbevollmächtigten die Vollmacht im eigenen Namen, d. h. eine Untervollmacht. Im Gegensatz zur Zivilrechtsliteratur sieht man das hier bis auf wenige Ausnahmen[5] als Selbstverständlichkeit an.[6]

1) Alle Komm. u. Lehrb. des Ziv.Proz.R., beso. Hellwig Lb. II S. 403 Anm. 26, Wach S. 582. Lehnerdt, Substitution u. Generalsubstitution im Prozeß (Bresl. Diss 1918) S. 5. Rosenberg S. 849. RG. in RGZ. Bd. 11 S. 369.

2) Friedländer RAO. § 25 Anm. 27, vergl. a. Rosenberg S. 856 u. Bayr. Ob.-L.G.Z. Bd, 15 S. 493.

3) Petersen-Anger, Die ZPO. f. d. Dtsch. Reich Anm. 4 zu § 81.

4) Struckmann-Koch, Die ZPO. f. d. Dtsch. Reich Anm. 2 zu § 81.

Rosenberg und einige andere[5] behaupten, die Erteilung der Vollmacht müsse stets vom Vertretenen, d. i. hier die Partei ausgehen, der Prozeßbevollmächtigte handle daher stets im Namen der Partei, wenn auch nicht immer ausdrücklich, so doch in seiner Eigenschaft als Prozeßbevollmächtigter. Die Vollmachtserklärung wirke daher so, „als wenn sie von der Partei vorgenommen wäre". (§ 85 Satz 1 ZPO.). Dieser irrigen Auffassung sind wir bereits bei der Behandlung der Untervollmacht für das Zivilrecht entgegengetreten.[7] Wir haben nachgewiesen, daß es gerade das Eigentümliche der Unterbevollmächtigung sei, daß der Bevollmächtigte sie im eigenen Namen erteile, trotzdem der Geschäftsherr vertreten werde. Weiterhin ist ein Schluß aus § 85 ZPO. verfehlt, da die Bevollmächtigung auch im Prozeß rein zivilrechtlichen Charakter hat, da sie nicht unmittelbar das Verfahren zum Gegenstande hat und es direkt zu beeinflussen nicht imstande ist. (§ 178 ZPO.).[8] Würde der Vertreter vom Prozeßbevollmächtigten im Namen der Partei ernannt, so wäre ein Unterschied zwischen dem Vertreter und dem Prozeßbevollmächtigten für höhere Instanzen ihrer Stellung zur Partei nach nicht vorhanden. Zu diesem Endergebnis gelangte Rosenberg auch. Mit Recht hält die herrschende Lehre der Ansicht Rosenbergs entgegen, daß keine Ungenauigkeit des Gesetzes vorliege, sondern der Vertreter bewußt in Gegensatz zum Prozeßbevollmächtigten für höhere Instanzen gesetzt sei. Es liegt also keine Mehrheit von Prozeßbevollmächtigten im Sinne des § 84 ZPO., sondern eine Unterbevollmächtigung vor. Endlich spricht für unsere Ansicht die Begründung des Entwurfes der ZPO., in der ausgeführt wird, die Prozeßvollmacht ermächtige zur Substitution und zur Bestellung eines Bevollmächtigten für höhere Instanzen.[9] Hieraus geht deutlich hervor, daß unter dem Vertreter ein Unterbevollmächtigter verstanden werden soll.

Auch die Praxis[10] steht ganz allgemein auf dem Standpunkte, daß in der Bestellung eines Vertreters ein Akt zu sehen sei, den

---

5) Rosenberg S. 836 ff., Wilmowski-Levy Anm. 4 zu § 77; Götz S. 26—27; Förster-Kann Anm. 5 zu § 81.

6) Fitting S. 86; Petersen-Anger Anm. V zu § 81; Skonietzky-Gelpke Anm. 4 und 5 zu § 81; Struckmann-Koch Anm. 2 zu § 81.

7) Vergl. d. Wiederlegung d. Auffassung von Götz S. 17 f. dieser Arbeit.

8) Vergl. Abschnitt 4 der Arbeit.

9) Vergl. § 75 Entwurf.

10) RGZ. Bd. 11 S. 369, Bd. 14 S. 333, Bd. 22 S. 397, Bd. 40 S. 423; RG. i. JW, 1885 S, 138 in Gruch. Beiträgen Bd. 28 S. 1127, Bd. 29 S. 1097, Bd. 31 S. 1160. Kammergericht in KGBl. Bd. 12 S. 82 f., Bd. 16 S. 79 KGJ. Bd. 29 S. 57; OLGE. Bd. 15 S, 73. Ob.Land.Ger. Kiel in Seuff. Arch. Bd. 75 S. 19, Braunschw. in Seuff. Arch. Bd, 42 Nr, 251, Dresden i. Sächs. Arch. Bd. 2 S. 150. Land.Ger. Berlin I in KGBl. 1901 S. 83, Berlin II in KGBl. 1901 S. 82—83, Elbing in JW. 1912 S. 729,

der Prozeßbevollmächtigte in eigenem Namen vornehme. Demgegenüber sei an dieser Stelle erinnert, daß die Praxis für das Zivilrecht auch dann von einer Untervollmacht spricht, wenn der Bevollmächtigte den Dritten im Namen des Geschäftsführers bestellt. Diese Duplizität der Begriffe im Zivilrecht und im Prozeßrecht ist unhaltbar. Wir haben gesehen, daß die Bestellung des Bevollmächtigten und Unterbevollmächtigten auch im Prozeß rein zivilrechtlichen Charakter hat. Insofern muß notwendig der Begriff identisch sein. Daran ändert § 81 ZPO. nichts. Er sagt lediglich, daß zur Gültigkeit der Handlungen des Unterbevollmächtigten im Gegensatz zum Zivilrecht es einer Ermächtigung nicht bedürfe.

Warum endlich, wie Stein[11] es annimmt, der nach § 19 RAO. bestellte Zustellungsbevollmächtigte Bevollmächtigter der Partei sein solle, ist unverständlich. Ebenso wie der Generalsubstituent[12] leitet auch er seine Vertretungsmacht vom Prozeßbevollmächtigten[13] und niemals von der Partei ab. Die Partei ist gar nicht imstande, einen ständigen Zustellungsbevollmächtigten oder Generalsubstituten zu bestellen, ganz abgesehen davon, daß beide in erster Linie im Interesse des Prozeßbevollmächtigten tätig werden. Er kann also auch nie im Namen der Partei bestellt werden.

Eine Besonderheit für den Prozeß ist, daß in der Prozeßvollmacht infolge gesetzlicher Bestimmung die Macht zur Erteilung von Untervollmachten enthalten ist, die infolge des formalen Charakters des Prozesses nicht ausschließbar ist. Eine andere Frage ist es, ob der Prozeßbevollmächtigte auch zur Unterbevollmächtigung befugt, d. h. im Innenverhältnis seiner Partei gegenüber berechtigt war. Dies bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen.[14] Hat er entgegen den Abmachungen einen Vertreter bestellt, so sind dessen Handlungen für die Partei verbindlich, es können sich aber aus dem vertragswidrigen Verhalten des Prozeßbevollmächtigten Schadensersatzansprüche der Partei gegen ihn ergeben.

§ 20.

Wer wird durch den „Vertreter“ vertreten?

Der § 81 ZPO. ermächtigt den Prozeßbevollmächtigten u. a. einen Vertreter zu bestellen. Es erhebt sich nun die Frage, wessen

---

Rechtspr. in Bresl. Zeitschr. Bd. 18 S. 19, Gloser-Unger Bd. 18 Nr. 7859.
A. A.: LG. Göttingen i, d. Z. d. AK. i. OLG. Bez. Naumburg 1902 S. 60, Kottbus KGBl, 1915 S, 80, Kiese i. JW. 1912 S. 1094. Vergl. auch Glaser-Unger Bd. 31 Nr. 14 951.

11) Stein-Jonas Anm. I 2 zu § 174.

12) Friedländer Anm. 13 zu § 25.

13) Friedländer Anm. 1 zu § 19.

14) Vergl. § 10 dieser Arbeit.

Vertreter der „Vertreter" sei. Es gibt drei Möglichkeiten, die alle Vorkämpfer in der Literatur gefunden haben. Er kann dem Wortlaute nach Vertreter der Partei, des Prozeßbevollmächtigten oder der Partei und des Prozeßbevollmächtigten sein. Die herrschende Lehre sieht in dem Vertreter einen Vertreter des Prozeßbevollmächtigten.[1] In der Tat läßt sich aus dieser Vorschrift dem Worte nach dieses zunächst herauslesen. Es muß auch zugegeben werden, daß der Vertreter Befugnisse wahrnimmt, zu denen der Prozeßbevollmächtigte auf Grund seiner Vollmacht ermächtigt und vertraglich verpflichtet ist. Doch in der Vornahme einer solchen Tätigkeit erschöpft sich der juristische Begriff der Stellvertretung nicht. Wessen Stellvertretung der „Vertreter" ist, kann sich nur darnach richten, in wessen Namen er handelt und wen die Folgen dieses Handelns unmittelbar treffen. Wenn sich auch der Vertreter bei Vornahme der bestimmten Handlungen vor Gericht auf den Prozeßbevollmächtigten beruft, so tut er es nur, um die Voraussetzung seiner Untervollmacht, nämlich die Hauptvollmacht, nachzuweisen. Gericht und Vertreter ist es jedoch klar, daß die Wirkungen unmittelbar die Partei treffen sollen, nicht etwa den Prozeßbevollmächtigten, mag auch ausdrücklich das Handeln für die Partei nicht erwähnt sein. Für den Prozeßbevollmächtigten ist im § 85 ZPO. das Prinzip der unmittelbaren Stellvertretung ausgesprochen. Diese Vorschrift gilt auch für den Vertreter, der im Namen der Partei auf Grund seiner Untervollmacht handelt. Das ergibt sich bereits daraus, daß das Gesetz gestattet, einen Vertreter zu bestellen, d. h. eine Untervollmacht zu erteilen. Will man die Folgen nur deshalb in der Partei eintreten lassen, weil die Handlung des Vertretenen als die des Prozeßbevollmächtigten gelten soll und somit nur mittelbar die Partei trifft, so ist dem entgegenzuhalten, daß Wirkungen von Prozeßhandlungen stets nur eine, am Prozesse beteiligte Partei treffen könne. Diese unhaltbare Auffassung wird zuweilen[2] in der freilich etwas unklar gehaltenen Ausdrucksweise von Wach[3] gesehen, der Unterbevollmächtigte habe „Vollmacht, die Vollmacht seines Vollmachtgebers auszuüben", er handle also „kraft mittelbarer Vollmacht".

Wenn auch die Mehrzahl der Prozessualisten die Behauptung aufstellen, der Prozeßbevollmächtigte bestelle sich einen Vertreter, so

1) Vergl. sämtl. Komm. u. Lb. des Zivilprozeßrechts, soweit sich aus den folgenden Ausführungen nichts anderes ergibt.
2) So z. B. Haas aaO. S. 57.
3) Wach S. 580

kann man u. E. der Mehrheit von ihnen nur Ungenauigkeit des Ausdrucks zum Vorwurfe machen, da auch sie, falls sie sich überhaupt eines klaren Ausdrucks bedienen, nicht ernstlich damit behaupten, daß der Prozeßbevollmächtigte durch den Vertreter in juristisch technischem Sinne vertreten werde. So sagt z. B. Hellwig,[4] der Prozeßbevollmächtigte sei befugt, „sich einen Vertreter zu bestellen", legt das aber weiterhin dahin aus, daß er „statt des Prozeßbevollmächtigten im Namen der Partei" handle. Damit ist eindeutig zugegeben, daß als der Vertretene einzig die Partei angesehen werde, der Prozeßbevollmächtigte sich aber lediglich seiner zur Erfüllung der eigenen Verbindlichkeit bediene. Mit Recht führt Rosenberg[5] aus, die Bezeichnung eines Substituten als eines Vertreters des Prozeßbevollmächtigten geschehe aus dem Grunde, weil regelmäßig Handlungen in Frage ständen, deren Vollziehung dem Prozeßbevollmächtigten selbst obgelegen oder zugestanden habe und gründe sich auf den unjuristischen Sprachgebrauch des Lebens, der als Vertreter ansehe, wer in irgend einer Weise für einen andern tätig werde und diesen dadurch der Notwendigkeit eigenen Handelns enthebe. „Mag daher auch immer der Substitut anstelle des Prozeßbevollmächtigten auftreten und mag ihn deshalb selbst das Gesetz einen Vertreter des Prozeßbevollmächtigten nehmen, so handelt er letzten Endes doch nur anstelle der Partei." Auch Lehnerdt[6] hat nachgewiesen, daß die rechtlichen Folgen des Auftretens des Vertreters in der Partei eintreten, kann sich aber nicht von der scheinbar noch tief wurzelnden Auffassung frei machen, daß der Vertreter den Prozeßbevollmächtigten vertrete und kommt zu dem Ergebnisse, daß Partei- und Prozeßbevollmächtigter vertreten werden. Seine Argumentation ist wesentlich dieselbe, wie die der herrschenden Lehre und desgleichen nicht durchgreifend. Daran ändert auch nicht der Usus, in die Gerichtsprotokolle folgendes aufzunehmen: Es erschien für die Partei und den Prozeßbevollmächtigten .... Es wird immer wieder übersehen, daß die an die vorgenommenen Prozeßhandlungen geknüpften, ihnen eigentümlichen rechtlichen Folgen nur die Partei treffen können, niemals aber Personen, die nur für sie handeln.

Stein[7] hebt mit Recht hervor, der „Vertreter" ist Vertreter der Partei. Allerdings gelangt er dem Anschein nach auf einem Wege, den wir nicht billigen können, zu dieser Ansicht. Er sagt nämlich: „Der Unterbevollmächtigte handelt kraft der auf ihn übertragenen

4) Hellwig, System I. Teil S. 203/4.
5) Rosenberg S. 838.
6) Lehnerdt S. 9.
7) Stein-Jonas Anm. V 3 zu § 81.

Vollmacht der Partei als ihr Vertreter ...". Die Möglichkeit einer völligen Uebertragung der Vollmacht auf einen Vertreter lehnt er mit Recht ab. Es bleiben mithin nur zwei Möglichkeiten, seine Ansicht zu erklären: Entweder er hält tatsächlich eine teilweise Uebertragung der Vollmacht für möglich und dann müssen wir ihn mit Lehnerdt[8] ablehnen, weil der Prozeßbevollmächtigte auf Grund des § 81 ZPO. zu einer Uebertragung seiner Vollmacht nicht ermächtigt ist und stets Prozeßbevollmächtigter bleibt, es sei denn, daß er zur Uebertragung von der Partei ermächtigt worden ist, oder es liegt eine ungenaue Ausdrucksweise, wie wir es so oft in der Zivilrechtsliteratur finden, vor und es soll tatsächlich eine neue Vollmacht erteilt werden, dann stimmen wir seiner Ansicht zu.

Mit unserer Auffassung stimmt Seuffert überein,[9] der ausführt, die Bestellung eines „Vertreters" sei die „Ermächtigung eines andern, solche Prozeßhandlungen, zu deren Vornahme der Prozeßbevollmächtigte befugt ist, im Namen des ersten Vollmachtgebers vorzunehmen".

Zu einem ähnlichen Ergebnisse, allerdings auf Grund einer von uns bekämpften Ansicht kommen diejenigen, die in der Bestellung eines Vertreters einen Stellvertretungsakt sehen. Der Vertreter ist dann unmittelbar Bevollmächtigter der Partei, sodaß gegebenenfalls eine Mehrheit von Bevollmächtigten im Sinne des § 84 ZPO. vorliegen kann.

Wir kommen also zu dem Ergebnisse, daß § 81 ZPO. lediglich den Prozeßbevollmächtigten ohne Rücksicht auf den Willen der Partei zur Erteilung von Untervollmachten ermächtigt und die Untervollmacht des Prozesses ebenso wie die des Zivilrechts zu einer direkten Stellvertretung des Geschäftsherrn, hier der Partei ermächtigt. Der „Vertreter" ist also Bevollmächtigter des Prozeßbevollmächtigten und Vertreter der Partei. Er erlangt selbst keine Prozeßvollmacht und kann grundsätzlich nur für einzelne Prozeßhandlungen und Termine bestellt werden, tatsächlich kann er jedoch auch den ganzen Prozeß führen, ohne Prozeßvollmacht zu besitzen. Er kann, da er kein Prozeßbevollmächtigter ist, einen weiteren Vertreter nicht bestellen und kann nur im Zweifel seine Untervollmacht weiter übertragen.[10] Nur der Tod des Prozeßbevollmächtigten, nicht der des Vertreters unterbricht gemäß § 244 ZPO. das Verfahren.

---

8) Lehnerdt S. 6.
9) v. Seuffert, Anm. 4 a zu § 81.
10) d. h. auf Grund des § 81 ZPO. Abweichendes kann sich auf Grund der Parteierklärungen ergeben.

Daß von dieser äußeren Ermächtigung die Befugnis gegenüber der Partei streng zu sondern ist, haben wir bereits hervorgehoben. Der Prozeßbevollmächtigte ist stets nach außen hin ermächtigt, einen Vertreter zu bestellen, doch nicht immer der Partei gegenüber zur Bestellung berechtigt. Für das Vorhandensein der Befugnis gelten dieselben Grundsätze, wie für das Zivilrecht. Doch ist diese Ermächtigung zur Unterbevollmächtigung in der Regel in den Vollmachtsurkunden der Rechtsanwälte bereits vorhanden, sodaß in der Tat regelmäßig eine Befugnis vorliegen wird. Liegt sie nicht vor, so können sich aus der Vertragsverletzung Schadensersatzansprüche ergeben.

XI. Abschnitt.

§ 21.

Besonderheiten für die Generalsubstitution.

Wir haben früher verschiedentlich darauf hingewiesen, daß die Generalsubstitution eine besondere Art der Unterbevollmächtigung ist. Im folgenden soll der Vollständigkeit halber in Kürze ihre Eigenart hervorgehoben werden. Im übrigen wird auf die Spezialliteratur verwiesen.[1]

Bei der Bestellung des Generalsubstituten unterscheidet das Gesetz zwei Fälle. Einmal die Bestellung eines bei dem Gericht zugelassenen Rechtsanwalts, bei dem der ausübungsberechtigte Rechtsanwalt zugelassen ist. Sie erfolgt formlos und muß dem Gericht angezeigt werden. Dies ist zwar nur für § 29 RAO, für den Fall der zeitweiligen Entfernung vorgeschrieben, muß aber zweifellos als allgemeines Prinzip gelten.[2] Ist der Rechtsanwalt, der den Generalsubstituten ernennt, an mehreren Gerichten zugelassen, so kann er gemäß § 25 Abs. 2 RAO. nur einen Anwalt bestellen, der ebenfalls bei den sämtlichen Gerichten zugelassen ist. Ferner können Anwälte, die bei dem Gericht nicht zugelassen sind,[3] und Rechtskundige die mindestens ein Jahr und 3 Monate im Vorbereitungsdienst beschäftigt worden sind, bestellt werden. Die Bestellung erfolgt dann durch die Landeszentralverwaltung, die ihrerseits andere Behörden hiermit betrauen kann.[4]

1) Insbes. Friedländer Komm. zur RAO., Lehnerdt, Stubstitution und Generalsubstitution im Prozeß, Breslauer Diss. 1918.

2) Vergl. Friedländer Anm. III Ca. zu § 25 RAO., auch Henle i. Recht 1914 S. 245 ff.

3) aber § 100 Abs. 2 RAO.

4) So erfolgte Delegation für Preußen durch J.M.Vf. vom 19. April 1880. (J.M.Bl. 38) u. v.19. 4. 1888, J.M.Bl. (102).

Für diese Fälle wird der verhinderte Rechtsanwalt in der Regel einen Antrag stellen, doch auch wenn kein Antrag vorliegt, wird man mit Friedländer[5] und Lehnerdt[6] annehmen müssen, daß die Behörde jedenfalls dann eine Bestellung vornehmen kann, wenn es dem in der Ausübung verhinderten Rechtsanwalt offenbar unmöglich ist, einen Antrag zu stellen, z. B. für den Fall der Abwesenheit oder Krankheit. Die zuständige Behörde ernennt dann auf Grund gesetzlicher Bestimmung kraft eigenen Rechts den Generalsubstituten. Dagegen hat in den andern Fällen der behördliche Akt lediglich den Charakter einer Bestätigung,[7] d. h. der Inhaber der Rechtsmacht erteilt dem Generalsubtituten die Vollmacht. Für die Bestellung eines Generalsubstituten für einen beim Reichsgericht zugelassenen Rechtsanwalt kommen einige Abweichungen in Betracht, die hier zu behandeln zu weit führen würde. Wir verweisen daher insbesondere auf Lehnerdt[8] und Friedländer.[9]

Die Generalsubstitution dient nicht nur dem Interesse des ausübungsverhinderten Rechtsanwalts, sondern in erster Linie dem Interesse der Oeffentlichkeit. Sie hat im Hinblick auf die öffentlich rechtliche Stellung des Rechtsanwalts in dienstpragmatischer Hinsicht ihren Grund.[10] Der Generalsubstitut wird zur Ausübung sämtlicher Berufsgeschäfte des verhinderten Rechtsanwalts bestellt. Die Ermächtigung umfaßt sowohl rechtliche, als auch tatsächliche Handlungen. Das Vorherrschen des öffentlichen Interesses läßt es angebracht erscheinen, das Institut der Generalsubstitution der Disposition des prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalts nach Möglichkeit zu entziehen. Eine Einschränkung der Vertretungsmacht kann daher mit Wirksamkeit nach außen hin nicht erfolgen.[11]

Der Bestellungsakt ist in Ansehung des einzelnen Rechtsstreits von gleicher Natur, wie die Bestellung eines „Vertreters" im Sinne des § 81 ZPO. mit der Maßgabe, daß der Generalsubstitut für das ganze Verfahren Untervollmacht besitzt im Gegensatz zur partiellen Untervollmacht des Vertreters. Immerhin wird man einen weiteren Unterschied in der prozessualen Stellung darin erblicken müssen, daß der Generalsubstitut sämtliche Berufsgeschäfte des Rechtsanwalts, der ihn bestellt hat, ausübt, während der Vertreter nur seine Untervollmacht ausübt. So kann z. B. der Generalsubstituent im Gegensatz

5) Friedländer Anm. 9 zu § 25 RAO.
6) Lehnerdt S. 19/20.
7) Bestritten von Hellwig, System II S. 129 Anm. 19.
8) Lehnerdt S. 22 ff.
9) Friedländer Anmerkungen zu § 99 RAO., insbes. Anm. 6.
10) Rosenberg S. 856.
11) Friedländer Anm. 28 zu § 25. Förster-Kann I S. 264.

zum Vertreter Spezialvertreter bestellen und einen Rechtsanwalt für die höheren Instanzen bevollmächtigen.[12]

Die Bestellung eines Generalsubstituten ist an eine besondere Voraussetzung geknüpft. Der Rechtsanwalt, der sich einen Generalsubstituten bestellen will, muß zeitweise in der Ausübung des Berufes verhindert sein und zwar in seiner gesamten Berufstätigkeit, nicht nur bezüglich einiger Geschäfte. Für diesen Fall muß er sich eines Spezialvertreters bedienen. Dauert die Verhinderung länger als eine Woche, so ist er zur Bestellung eines Generalsubstituten verpflichtet, andernfalls nicht (§ 29 RAO.). Jede Verhinderung, sei sie rechtlicher oder tatsächlicher Natur, genügt, mag sie auch ausschließlich von seinem Willen abhängen. Vergnügungsreisen gehören ebenso wie Krankheitsfälle hierher. Eine Grenze nach oben, für wielange Zeit der Generalsubstitut bestellt werden kann, gibt es an sich nicht, doch darf Verhinderung keine immerwährende sein. Die Generalsubstitution dient nicht zur ständigen Entlastung eines Rechtsanwalts, oder zur Vervielfältigung seiner Arbeitskraft. Stellvertreter auf Lebenszeit kann der Rechtsanwalt nicht bestellen.[13]

Daß der prozeßbevollmächtigte Anwalt auch weiterhin Prozeßbevollmächtigter bleibt, haben wir bereits im § 19 unserer Arbeit nachgewiesen. Hieraus müßte man die Folgerung ziehen, daß die Zustellungen gemäß § 176 ZPO. an ihn, nicht an den Generalsubstituten zu erfolgen haben. Dies würde jedoch nicht dem Zwecke der Generalsubstitution entsprechen. Der Generalsubstitut wird zur Wahrnehmung sämtlicher Berufsgeschäfte des in der Ausübung verhinderten Rechtsanwalts bestellt. Daraus geht hervor, daß § 176 ZPO. für die Fälle einer Generalsubstitution nur mit der Maßgabe angewendet werden kann, daß die Zustellungen an den Generalsubstituten zu erfolgen haben.[14]

Ebenso wie der Vertreter des § 81 ZPO. ist auch der Generalsubstitut bezüglich der in dem einzelnen Prozeß vorgenommenen Handlungen nur Stellvertreter der Partei, insofern die von ihm vorgenommenen Handlungen gemäß § 85 ZPO. nur die Partei direkt treffen. Sie gelten ebenso, als wenn diese sie vorgenommen hätte. Eine andere Frage ist die, wie weit der Rechtsanwalt durch den Generalsubstituten in der Berufsausübung vertreten wird. Diese Vertretung, die mit dem Stellvertretungsbegriff nur das gemein

12) Die Verschiedenheit des Generalsubstituten und des Vertreters wird von Rosenberg S. 855 ff. geleugnet.

13) Vergl. Friedländer Anm. III zu § 25 RAO.

14) Auf diesem Standpunkt steht auch die herrschende Lehre; Friedländer Anm. 17 zu § 25. Seuff. Anm. 4 a zu § 81, Rosenberg S. 855 und die dort angeführte Literatur.

hat, daß ein Dritter für den Rechtsanwalt tätig wird und ihn der Notwendigkeit eigenen Handelns enthebt, leugnen wir allerdings durchaus nicht. Nur lehnen wir es ab, dieses Handeln als Stellvertretung zu bezeichnen, da die rechtlichen Folgen den angeblich Vertretenen nicht unmittelbar treffen. Von dieser „beruflichen Vertretung" geht wohl auch der von uns bekämpfte Ausdruck aus, der Bevollmächtigte bestelle „sich" einen Vertreter.

Einige Besonderheiten gelten noch für das Erlöschen der Generalsubstitution. Während für den „Vertreter" die Grundsätze, die für das Zivilrecht gelten, in Frage kommen, sind hier einige weitere Fälle zu erwähnen, die in der Eigenart der Generalsubstitution ihren Grund haben. Mit dem Ausscheiden des Rechtsanwalts, der ihn bestellt hat, aus der Anwaltschaft wird auch die Vertretungsmacht des Generalsubstituten beendet. Dagegen hört sie nicht von selbst auf durch Beendigung der zeitweiligen Verhinderung, welche zur Bestellung führte. Diese kann vielmehr nur zur Zurücknahme führen. Verliert der Anwalt die Zulassung bei dem Gerichte, oder erwirbt er die Zulassung bei einem weiteren Gerichte, bei dem der Generalsubstitut nicht zugelassen ist, so hat dies das Erlöschen der Vertretungsmacht zur Folge. Für den Fall des Widerrufs hat der ausübungsverhinderte Rechtsanwalt diesen dem Gerichte, dem er die Bestellung angezeigt hat, kund zu tun, andernfalls die Generalsubstitution gegenüber gutgläubigen Dritten als fortbestehend gilt,[15] da die Bestellung hauptsächlich im öffentlichen Interesse erfolgt.[16]

Schluß.

Fassen wir unsere Erörterungen noch einmal zusammen, so kommen wir zu folgendem Ergebnis:

> Die Untervollmacht ist eine von dem Bevollmächtigten im eigenen Namen einem Dritten erteilte Vertretungsmacht, auf Grund deren dieser zur direkten Stellvertretung des Geschäftsherrn ermächtigt ist, sodaß die von ihm im Namen des Geschäftsherrn vorgenommenen Rechtsakte für und gegen diesen ebenso wirken, als hätte sie der Hauptbevollmächtigte in eigener Person im Namen des Geschäftsherrn vorgenommen.

Zur Unterbevollmächtigung ist regelmäßig eine Ermächtigung erforderlich, sofern das Gesetz keine ausdrückliche Erlaubnis erteilt. Die Untervollmacht beruht auf einem neuen Bevollmächtigungs-

15) Friedländer Anm. 30 und 31 zu § 25 RAO.
16) Lehnerdt aaO. S. 31.

akt und kann nur Geschäfte zum Gegenstande haben, zu deren Vornahme der Hauptbevollmächtigte auf Grund seiner ihm von dem Geschäftsherrn erteilten Vollmacht ermächtigt ist. Daraus ergibt sich ihre völlige Abhängigkeit in Entstehung und Dauer. Die Untervollmacht ist grundverschieden von der Ersatzvollmacht und ist von dieser streng zu scheiden. Im konkreten Falle kann es zweifelhaft sein, ob die eine oder die andere Art der Vollmacht gegeben ist. Man wird dann durch Auslegung der Hauptvollmacht und dem ihr zugrundeliegenden Kausalverhältnis meist zu einem befriedigenden Ergebnis kommen. Hier ist insbesondere zu berücksichtigen, daß im Zivilrecht der Fall der Unterbevollmächtigung den Regelfall bildet, da hier das zwischen dem Geschäftsherrn und dem Hauptbevollmächtigten regelmäßig bestehende Vertrauensverhältnis eine einschränkende Auslegung erfordert. Denn, wenn die Erklärungen der Parteien nichts anderes ergeben, wird man davon ausgehen dürfen, daß das Innenverhältnis dem Außenverhältnis entspricht. Der Unterbevollmächtigung wird also regelmäßig die Untergeschäftsführung, der Ersatzbevollmächtigung die Ersatzgeschäftsführung entsprechen. Der Ersatzbevollmächtigte ist koordiniert, während der Unterbevollmächtigte suborbiniert ist.

Während wir bei Behandlung der zivilrechtlichen Untervollmacht dargelegt haben, daß die Untervollmacht den Regelfall bildet, mußten wir für den Prozeß umgekehrt vorgehen, da wir hier feste Formen vorfanden. Bei der Untersuchung des „Vertreters“ und der Generalsubstitution kamen wir zu dem Ergebnis, daß beide Fälle eine Unterbevollmächtigung zum Gegenstande haben, die sich von der zivilrechtlichen Untervollmacht nur dadurch unterscheiden, daß hier vor allem zur Vornahme von Prozeßhandlungen ermächtigt wird.

Lebenslauf.

Ich bin am 25. Januar 1903 als Sohn des jetzigen Rektors Johannes Langer und seiner Ehefrau Anna in Miechowitz, Kreis Beuthen OS., geboren. Nach Besuch der Volksschule in Bobrek-Karf I und des staatlichen Hindenburg-Gymnasiums in Beuthen OS. bezog ich Ostern 1923 die Schlesische Friedrich-Wilhelms-Universität und widmete mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaft. W.S. 1924/25 und S.S. 1925 studierte ich an der Ludwig-Maximilians-Universität in München und kehrte hierauf wieder nach Breslau zurück. Am 5. April 1927 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung, am 11. Juli 1928 das Rigorosum. Zur Zeit bin ich im Vorbereitungsdienst bei dem Amtsgericht in Beuthen OS. beschäftigt.